النهاية في شرح الهداية

للشيخ الإمام العلامة المحقق النبيل الفهامة
حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي
المتوفى سنة ٧١٤ هجرية رحمه الله تعالى

تطبع كاملة للمرة الأولى في العالم
محققة ومنقحة عن ثماني عشرة (١٨) نسخة خطية

قدم لها وحقق نصوصها وعلق عليها
الحافظ المولوي محمد أحمد الحقاني الأفغاني
ابن العلامة الكبير شيخ الحديث والتفسير الحاج مولانا عبد القادر النهركاريزي
غفر الله لهما ولوالديهما وأحسن إليهم

الجزء الحادي عشر

المحتوى:

تابع كتاب الرهن - الجنايات - الديات -
المعاقل - الوصايا - الخنثى - الخاتمة

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

sales@al-ilmiyah
info@al-ilmiyah.com
http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: النهاية في شرح الهداية

Title: AN-NIHĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي - شروح

Classification: Hanafit jurisprudence - Explanations

المؤلف: العلّامة حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي (ت ٧١٤ هـ)

Author: Al-Allama Housamuddin Houssein ben Ali ben Hajjaj Al-Sighnaqi (D. 714 H.)

المحقق: الحافظ المولوي محمّد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Al-Hafiz Al-Mawlawi Mohammed Ahmad Al-Hakkani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages: (11Parts/11Vols.)	6840	عدد الصفحات: (١١جزء/١١مجلد)
Size:	17 x 24 cm	قياس الصفحات:
Year:	2023 A.D. - 1445 H.	سنة الطباعة:
Printed in: Lebanon		بلد الطباعة: لبنان
Edition: 1st (2 Colors)		الطبعة: الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN: 978-2-7451-9445-9

بسم الله الرحمن الرحيم

بَابُ الرَّهْنِ الَّذِيْ يُوْضَعُ عَلَى يَدِ العَدْلِ

باب الرَّهن يوضع على يدي العدل

لمَّا ذكر أحكام الراهن والمرتهن الراجعة إلى أنفسهما توحيدًا وتثنيةً، ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة إلى نائبهما وهو العدل؛ لما أن حكم النائب أبدًا يقفو حكم الأصل.

ثم العدلُ اسم لمن هو رَضِيَ الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده، ورضيا ببيعه الرهنَ عند حلول الدين، فكان هو وكيلًا من الراهن في بيع الرهن، ولكن يخالف هو للوكيل المفرد في مسائل.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في «مبسوطه»: العدلُ يفارق الوكيل المفردَ في أربعة أوجه:

أحدُها: أنه يبيع الولد، والوكيل المفرد لا يبيعُ الولد.

والثانِي: أنه يجبر على البيع متى أبى، بخلاف الوكيل المفرد.

والثالث: أنه لا ينعزل بعزل الموكل، بخلاف الوكيل المفرد.

والرابع: أنه لا ينعزل بموت الموكل، والوكيل المفرد ينعزل.

وزاد على هذا الإمام التمرتاشي رحمه الله مسائل:

منها: أن العدل يبيع الأرش وما يؤخذ بالإتلاف، والمفرد لا يبيع.

ومنها: أن العدل إذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه إلى جنس الدين، والمفرد إذا باع بأيٍّ ثمن كان لا يجوز أن يصرفه.

ومنها: عبد هو رهن إذا قتله عبد فدفع به فالعدل يبيعه، بخلاف المفرد.

قَالَ: (وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى وَضْعِ الرَّهْنِ عَلَى يَدِ العَدْلِ جَازَ وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ) ذَكَرَ قَوْلَهُ فِي بَعْضِ النُّسَخِ؛ لِأَنَّ يَدَ العَدْلِ يَدُ المَالِكِ وَلِهَذَا يَرْجِعُ العَدْلُ عَلَيْهِ عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ فَانْعَدَمَ القَبْضُ، وَلَنَا أَنَّ يَدَهُ عَلَى الصُّورَةِ يَدُ المَالِكِ فِي الحِفْظِ؛ إِذِ

قوله: وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ، ذكر في «المبسوطين»، و«شرح الأقطع» ابن أبي ليلى مكان مالك هاهُنا.

وفي «المبسوط»: وقال ابن أبي ليلى: لا يتم الرهن بقبض العدل حتى إذا هلك في يدي العدل لم يسقط الدين، وإن مات الراهن فالمرتهن أسوة للغرماء بما فيه.

قوله: وَلِهَذَا يَرْجِعُ العَدْلُ عَلَيْهِ - أي: على الراهن دون المرتهن - عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ، يعني: بعد الهلاك.

وجه قولنا أن يد العدل كيد المرتهن، بدليل أنه يملك العدل رد الرهن برضا المرتهن، وأن الراهن لا يملك قبضه إلا بإذن المرتهن، ولو كان يده كيد الراهن لتمكن الراهن من استرداده متى شاء، ويده كيد الراهن أيضًا في حقِّ الحفظ، فإن المرتهن كما أمره بالقبض ليحبس له كذلك أمره الراهن ليحفظ عليه، فصار العدل نائبًا عنهما فصار يدُ العدل كيد الراهن ويد المرتهن.

ويجوز أن تجعل اليدُ الواحدةُ في حكم اليدين، كما قالوا فيمن عجل زكاة ماله إلى الساعي قبل حولان الحول كان يد الساعي يدُ صاحب المال من وجهٍ ويد الفقير من وجهٍ، فيدُ صاحب المال من حيث أنه لو انتقض النصاب قبل حولان الحول، أو هلك النصابُ كان لصاحب المال استرداد ما دفعه إلى الساعي إذا كان ما دفع إليه قائمًا في يده، بخلاف ما لو دفعه إلى الفقير، ويدُ الفقير من حيث أنه لو هلك الزكاة في يد الساعي وبقي النصاب إلى آخر الحول يقع المؤدَّى موقع الزكاة كما لو دفعه إلى الفقير، فكذلك يدُ العدل هاهُنا.

وبأن كان يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن فذلك لا يدل على أن يده يدُ المرتَهن لا غير كالمرتَهن نفسه، يعني: أن الرهن لو هلك في يده ثم استحقه مستحق وضمن المرتهن

الْعَيْنُ أَمَانَةٌ، وَفِي حَقِّ الْمَالِيَّةِ يَدُ الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ ضَمَانٍ وَالْمَضْمُونُ هُوَ الْمَالِيَّةُ فَنُزِّلَ مَنْزِلَةَ الشَّخْصَيْنِ تَحْقِيقًا لِمَا قَصَدَاهُ مِنَ الرَّهْنِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ الْعَدْلُ عَلَى الْمَالِكِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي حِفْظِ الْعَيْنِ كَالْمُودَعِ.

فإنه يرجع على الراهن بما ضمن، وبدينه على ما يجيء في آخر هذا الباب من الكتاب.

ثم إنما لا يرجع العدل على المرتهن بضمان الاستحقاق، مع أن العدل نائب عن المرتهن في القبض للحبس له؛ لأنَّ المستحق إنما يضمن العدل بضمان الغصب، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل، ولم يوجد من المرتهن نقل ولا تحويل لا حقيقةً ولا حكمًا، بل وجد نقل العين من العدل، والعدل في حق العين نائب عن الراهن، وفي حق المالية نائب عن المرتهن فكانت العبرة لنقل العين؛ لأن العين هو الأصل فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن.

فإن قلتَ: لو قال الخصم: إن الرهن لا يتم إلا بقبض المرتهن، وبقبض العدل لم يوجد قبض المرتهن لا حقيقةً ولا حكمًا، أمَّا حقيقةً فظاهر، وأمَّا حكمًا فلأنه لو جعل قبض العدل بمنزلة قبض المرتهن حكمًا إنما يجعل بسبب موافقته الراهن على قبض العدل، ولا تأثير لذلك؛ لأن الرهن لا يتم بقبض الراهن وإن اتفقا عليه، فكذلك لو اتفقا على قبض العدل؛ ولأن العدل لم يصر نائبًا عن المرتهن في القبض وإن أمر المرتهن العدل بقبضه؛ لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حقًّا مستحقًّا للآمر، وبعقد الرهن لم يصر القبض حقًّا للمرتهن حتى كان للراهن أن يمنع الرهن عن المرتهن، فإذا لم يصح الأمر من المرتهن صار وجود الأمر منه بعد ذلك وعدمه بمنزلةٍ، ولو عدم الأمر منه حقيقةً لم يكن العدل نائبًا عنه في القبض فكذلك فيما لم يصح الأمر، والدليل على أن الأمر عند عدم صحته بمنزلة عدم الأمر حقيقةً، أن من اشترى شيئًا فقبل قبضه اتفق البائع والمشتري على أن يضع المبيع على يدي عدلٍ إلى أن يوفي المشتري الثمن فقبضه العدل، فكان هو نائبًا عن البائع لا عن المشتري، حتى لو هلك كان الهلاك على البائع؛ لأن أمر المشتري العدل بقبض المبيع فيما ليس له قبض المبيع قبل نقد الثمن لا يصح؛ فلذلك صار وجود الأمر وعدمه منه بمنزلةٍ، فكذلك هاهُنا ما جوابنا عنه؟

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ وَلَا لِلرَّاهِنِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ) لِتَعَلُّقِ حَقِّ الرَّاهِنِ فِي الحِفْظِ بِيَدِهِ وَأَمَانَتِهِ وَتَعَلُّقِ حَقِّ المُرْتَهِنِ بِهِ اسْتِيفَاءً فَلَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا إِبْطَالَ حَقِّ الآخَرِ (فَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ فِي ضَمَانِ المُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّ يَدَهُ فِي حَقِّ المَالِيَّةِ يَدُ المُرْتَهِنِ وَهِيَ المَضْمُونَةُ (وَلَوْ دَفَعَ العَدْلُ إِلَى الرَّاهِنِ أَوِ المُرْتَهِنِ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّهُ مُودَعُ الرَّاهِنِ فِي حَقِّ العَيْنِ وَمُودَعُ المُرْتَهِنِ فِي حَقِّ المَالِيَّةِ وَأَحَدُهُمَا أَجْنَبِيٌّ عَنِ الآخَرِ، وَالمُودَعُ يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ إِلَى الأَجْنَبِيِّ (وَإِذَا ضَمِنَ العَدْلُ قِيمَةَ الرَّهْنِ بَعْدَ مَا دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا وَقَدِ اسْتَهْلَكَهُ المَدْفُوعُ عَلَيْهِ أَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ،

قلتُ: جوابه هو أنا أجمعنا واتفقنا على أن الرهن بعد التسليم إلى المرتهن لو اتفق الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدلٍ كان جائزًا، وكانت يد العدل فيه كيد المرتهن حتى يصير مستوفيًا دينه بِهلاكه، ولو كانت يد العدل كيد الراهن لم يصر المرتهن مستوفيًا دينه بِهلاكه، كما لو عاد الرهن إلى يد الراهن بطريق العارية، أو الغصب فهلكَ في يده، فعُلِم بِهذا أن اتفاقهما على وضع الرهن في يد العدل ليس كاتفاقهما على وضعه في يد الراهن، ولا يلزم العدل في باب البيع؛ لأن جعل العدل نائبًا عن المشتري قبل نقد الثمن يؤدي إلى تغيير موجب البيع، فإن موجب البيع أن يد البائع على المبيع يد نفسه في حقِّ المالية والعين جميعًا؛ لأنه ليس بنائب عن المشتري لا في حق العين ولا في حق المالية، ومتى قبضه المشتري لنفسه لا تكون يده يد البائع بوجهٍ مَّا، بل تكون اليد للمشتري في حق العين والمالية جميعًا يد استيفاء، فإذا كان في جعله نائبًا عنهما تغييرُ موجب البيع اعتبر نائبًا عن البائع؛ لأن اليد كانت له في الأصل، فأمَّا اعتبار العدل نائبًا عنهما في باب الرهن لا يؤدي إلى تغيير موجب الرهن؛ لأن الرهن متى تم بقبض العدل كان يد المرتهن في حق العين كيد الراهن، وفي حق المالية يد المرتهن، كذا في «المبسوطين».

قوله: وَلَوْ دَفَعَ العَدْلُ إِلَى الرَّاهِنِ أَوِ المُرْتَهِنِ ضَمِنَ، أي: ضمن قيمة الرهن؛ لأنه لو دفعه إلى المرتهن دفع إليه ملك الغير، وإن دفعه إلى الرَّاهن؛ فلأنه أبطل اليد على المرتهن.

لا يَقْدِرُ أَنْ يَجْعَلَ القِيمَةَ رَهْنًا فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا وَمُقْتَضِيًا وَبَيْنَهُمَا تَنَافٍ، لَكِنْ يَتَّفِقَانِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَاهَا مِنْهُ وَيَجْعَلَاهَا رَهْنًا عِنْدَهُ أَوْ عِنْدَ غَيْرِهِ، وَلَوْ تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا يَرْفَعُ أَحَدُهُمَا إِلَى القَاضِي لِيَفْعَلَ كَذَلِكَ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ ثُمَّ قَضَى الرَّاهِنُ الدَّيْنَ وَقَدْ ضَمِنَ العَدْلُ القِيمَةَ بِالدَّفْعِ إِلَى الرَّاهِنِ فَالقِيمَةُ سَالِمَةٌ لَهُ لِوُصُولِ المَرْهُونِ إِلَى الرَّاهِنِ وَوُصُولِ الدَّيْنِ إِلَى المُرْتَهِنِ وَلا يَجْتَمِعُ البَدَلُ وَالمُبْدَلُ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ (وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهَا بِالدَّفْعِ إِلَى المُرْتَهِنِ فَالرَّاهِنُ يَأْخُذُ القِيمَةَ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ

قوله: لا يَقْدِرُ - أي: لا يقدر العدل - أَنْ يَجْعَلَ القِيمَةَ رَهْنًا فِي يَدِهِ؛ لأن القيمة وجبت دينًا في ذمته، فلو جعلها رهنًا في يده صار الواحد قاضيًا ومقتضيًا ما عليه، ذكره في «الذخيرة».

قوله: وَلَوْ تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا يَرْفَعُ أَحَدُهُمَا - أي: يرفع العدل أحدُهما - إِلَى القَاضِي.

قوله: وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ، أي: لو جعل القيمة في يد العدل.

قوله: وَقَدْ ضَمِنَ العَدْلُ القِيمَةَ بِالدَّفْعِ - أي: والحال أن العدل ضمن القيمة بسبب دفع الرهن - إِلَى الرَّاهِنِ فَالقِيمَةُ سَالِمَةٌ لَهُ، أي: للعدل؛ لأنه لا وجه إلى أن يأخذه الراهن؛ لأنه وصل إليه عين ماله، ولا وجه إلى أن يأخذه المرتَهن؛ لأنه وصل إليه حقه فتبقى القيمة سالمة للعدل.

قوله: وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهَا، أي: وإن كان العدل ضمن القيمة بسبب الدفع إلى المرتهن كان للراهن أن يأخذ القيمة منه.

وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك؟ ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية، أو على وجه الوديعة، وهلك في يد المرتهن لا يرجع، وإن استهلك المرتهن يرجع عليه؛ لأن العدل بأداءِ الضَّمان ملكه، وتبيَّن أنه أعار، أو أودع ملك نفسه، فإن هلك في يده لا يضمن، وإن استهلكه يضمن، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهنًا بأن قال: هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك، رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك؛ لأنه دفعه إليه

الْعَيْنَ لَوْ كَانَتْ قَائِمَةً فِي يَدِهِ يَأْخُذُهَا إِذَا أَدَّى الدَّيْنَ، فَكَذَلِكَ يَأْخُذُ مَا قَامَ مَقَامَهَا، وَلَا جَمْعَ فِيهِ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ أَوِ الْعَدْلَ أَوْ غَيْرَهُمَا بِبَيْعِ الرَّهْنِ عِنْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ فَالْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ)؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِبَيْعِ مَالِهِ (وَإِنْ شُرِطَتْ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ فَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَعْزِلَ الْوَكِيلَ، وَإِنْ عَزَلَهُ لَمْ يَنْعَزِلْ)؛ لِأَنَّهَا لَمَّا شُرِطَتْ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الرَّهْنِ صَارَ وَصْفًا مِنْ أَوْصَافِهِ وَحَقًّا مِنْ حُقُوقِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لِزِيَادَةِ الْوَثِيقَةِ فَيَلْزَمُ بِلُزُومِ أَصْلِهِ،

على وجه الضمان، وإذا دفع العدل الرهن إلى أجنبيٍّ وديعة من غير ضرورة فهو ضامن؛ لأن العدل أمين في حق الرهن، فكان الجواب فيه كالجواب في المودع، هذا كله من «الذخيرة».

قوله: وَلَا جَمْعَ فِيهِ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ؛ لأن العين زالت عن ملك الراهن إلى العدل، وبهذا اللفظ يحترز عن المسألة الأولى، وهي ما لو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن إلى الراهن، فإن هناك لو قضى الراهن دينه إلى المرتهن ثم أراد أخذ القيمة من العدل كان جامعًا بين البدل والمبدل؛ لأنه وصل إليه عين حقه وهو الرهن أولًا، ثم لو أخذ منه قيمته كان جامعًا بين البدل والمبدل، فلذلك لا يأخذ القيمة هناك، وأمّا هاهُنا فلا جمع بينهما.

قوله: وَإِنْ شُرِطَتْ، أي: الوكالة.

قوله: فَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَعْزِلَ الْوَكِيلَ، أي: بدون رضا المرتهن.

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّهُ، أي: أن عقد الوكالة.

قوله: فَيَلْزَمُ بِلُزُومِ أَصْلِهِ، أي: فيلزم عقد الوكالة بلزوم أصله وهو الرهن.

وكذلك لو ارتد العدل والعياذ بالله فلحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه ثم عاد مسلمًا يعود وكيلًا هاهُنا، بخلاف الوكيل المفرد على قول أبي يوسف رحمه الله حيث لا يعود وكيلًا، فوجه الفرق أن الوكالة هاهُنا مشروطة في الرهن فيكون تبعًا للرهن في اللزوم بخلاف الوكالة المفردة.

وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُرْتَهِنِ وَفِي العَزْلِ إتْوَاءُ حَقِّهِ وَصَارَ كَالوَكِيلِ بِالخُصُومَةِ بِطَلَبِ المُدَّعِي (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِالبَيْعِ مُطْلَقًا حَتَّى مَلَكَ البَيْعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ ثُمَّ نَهَاهُ عَنِ البَيْعِ نَسِيئَةً لَمْ يَعْمَلْ نَهْيُهُ)؛ لِأَنَّهُ لازِمٌ بِأَصْلِهِ، فَكَذَا بِوَصْفِهِ لِمَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا إذَا عَزَلَهُ المُرْتَهِنُ لا يَنْعَزِلُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَكِّلْهُ وَإِنَّمَا وَكَّلَهُ غَيْرُهُ (وَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ لَمْ يَنْعَزِلْ)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ بَطَلَ إنَّمَا يَبْطُلُ لِحَقِّ الوَرَثَةِ وَحَقُّ المُرْتَهِنِ مُقَدَّمٌ.

قَالَ: (وَلِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الوَرَثَةِ كَمَا يَبِيعُهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْهُ، وَإِنْ مَاتَ المُرْتَهِنُ فَالوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ)؛ لِأَنَّ العَقْدَ لا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِمَا

فإن قيل: يشكل هذا بما لو مات العدل حقيقةً بطل التسليط، وإن كان الرهن الذي شرط فيه التسليط لم يبطل بموته، فكذا إذا مات حكمًا باللحوق بدار الحرب وجبَ أن يبطل وإن كان في ضمن الرهن.

قلنا: إن القياس أن لا يبطل التسليط بموته حقيقةً؛ لأنه لم يبطل ما شرطَ فيه وهو الرهن، إلا أنا أبطلناه؛ لأنه وقع اليأس عن بيعه بالموت الحقيقي، ولم يقع اليأس عن بيعه في الموت الحكمي فإنه يجوز أن يعود مسلماً، فلم يبطل التسليط بموته حكماً لبقاء ما شرط فيه، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَلَوْ وَكَّلَهُ، أي: ولو وكل العدلَ بالوكالة المشروطة في ضمن الرهن.

قوله: لِأَنَّهُ لازِمٌ بِأَصْلِهِ - أي: لأن التوكيل لازم بأصله وهو الرهن - فَكَذَا بِوَصْفِهِ، وهو الإطلاق.

قوله: وَلِأَنَّهُ لَوْ بَطَلَ إنَّمَا يَبْطُلُ لِحَقِّ الوَرَثَةِ، كما في الوكالة المفردة، حيث ينتقل الملك إليهم ولا رضا لهم بالبيع، وأمّا هاهُنا فلا اعتبار لحق الورثة؛ لأن حَقُّ المُرْتَهِنِ مُقَدَّمٌ.

قوله: لِأَنَّ العَقْدَ، أي: عقد الرهن.

وَلا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فَيَبْقَى بِحُقُوقِهِ وَأَوْصَافِهِ (وَإِنْ مَاتَ الوَكِيلُ انْتَقَضَتِ الوَكَالَةُ وَلا يَقُومُ وَارِثُهُ وَلا وَصِيُّهُ مَقَامَهُ)؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ لا يَجْرِي فِيهَا الإِرْثُ، وَلِأَنَّ المُوَكِّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِ لا بِرَأْيِ غَيْرِهِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ إِنَّ وَصِيَّ الوَكِيلِ يَمْلِكُ بَيْعَهُ؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ لازِمَةٌ فَيَمْلِكُهُ الوَصِيُّ، كَالمُضَارِبِ إِذَا مَاتَ بَعْدَمَا صَارَ رَأْسُ المَالِ أَعْيَانًا يَمْلِكُ وَصِيُّ المُضَارِبِ بَيْعَهَا لِمَا أَنَّهُ لازِمٌ بَعْدَ مَا صَارَ أَعْيَانًا قُلْنَا: التَّوْكِيلُ حَقٌّ لازِمٌ لَكِنْ عَلَيْهِ، وَالإِرْثُ يَجْرِي فِيمَا لَهُ، بِخِلافِ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهَا حَقُّ المُضَارِبِ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَبِيعَهُ إِلَّا بِرِضَا الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ وَمَا رَضِيَ بِبَيْعِهِ (وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَبِيعَهُ إِلَّا بِرِضَا المُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّ المُرْتَهِنَ أَحَقُّ بِمَالِيَّتِهِ مِنَ الرَّاهِنِ فَلا يَقْدِرُ الرَّاهِنُ عَلَى تَسْلِيمِهِ بِالبَيْعِ.

قَالَ: (فَإِنْ حَلَّ الأَجَلُ وَأَبَى الوَكِيلُ الَّذِي فِي يَدِهِ الرَّهْنُ أَنْ يَبِيعَهُ وَالرَّاهِنُ غَائِبٌ

قوله: فَيَبْقَى بِحُقُوقِهِ وَأَوْصَافِهِ، الحقوق: الحبس، والاستيفاء، والوكالة، والأوصاف: اللزوم، وجبر الوكيل، وحق بيع ولد الرهن، وحق صرف الدراهم بالدنانير.

قوله: وَإِنْ مَاتَ الوَكِيلُ انْتَقَضَتِ الوَكَالَةُ، والرهن على حاله؛ لأن الرهن لو كان في يد المرتهن فماتَ لم يبطل العقد به، فلأن لا يبطل بموت العدل أَوْلَى، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا يَقُومُ وَارِثُهُ وَلا وَصِيُّهُ مَقَامَهُ، وفي «الذخيرة»: إذا مات العدل في الرهن وقد كان وكيلًا بالبيع فأوْصَى إلى رجل ببيعه لم يجز، إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة: وكلتُك ببيع الرهن وأجزتُ لك ما صنعتَ فيه من شيءٍ فيجوز حينئذٍ لوصيه بيعه، ولا يجوز لوصيه أن يوصي إلى ثالث به.

قوله: بَعْدَمَا صَارَ أَعْيَانًا، أي: بعد ما صار رأس المال.

قوله: وَمَا رَضِيَ بِبَيْعِهِ، بل رضي ببيع الوكيل.

أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِ) لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الوَجْهَيْنِ فِي لُزُومِهِ (وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ يُوَكِّلُ غَيْرَهُ بِالخُصُومَةِ وَغَابَ المُوَكِّلُ فَأَبَى أَنْ يُخَاصِمَ أُجْبِرَ عَلَى الخُصُومَةِ) لِلْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ أَنَّ فِيهِ إِتْوَاءَ الحَقِّ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالبَيْعِ؛ لِأَنَّ المُوَكِّلَ يَبِيعُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَتْوِي حَقُّهُ، أَمَّا المُدَّعِي لا يَقْدِرُ عَلَى الدَّعْوَى وَالمُرْتَهِنُ لا يَمْلِكُ بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنِ التَّوْكِيلُ مَشْرُوطًا فِي عَقْدِ الرَّهْنِ وَإِنَّمَا شُرِطَ بَعْدَهُ قِيلَ لا يُجْبَرُ اعْتِبَارًا بِالوَجْهِ الأَوَّلِ، وَقِيلَ يُجْبَرُ رُجُوعًا إِلَى الوَجْهِ الثَّانِي، وَهَذَا أَصَحُّ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الجَوَابَ فِي الفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، وَيُؤَيِّدُهُ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الوَجْهَيْنِ، أحدهما: أنه وصف من أوصافه، والآخرُ أن فيه إتواء حقه فأبى أن يخاصم.

قوله: أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِ، وتفسير الجبر هو أن يحبس أيامًا حتى يبيع، فإن لجَّ بعد حبس الإمام يجبر الراهن على البيع، فإن أبى الراهن البيع ذكر في «الزيادات» أن القاضي يبيعه، قيل: هذا قولهما لا قول أبي حنيفة رحمه الله، بناءً على بيع مال المديون إذا لم يكن مرهونًا، وقيل: هذا قول الكل؛ لأن بيع المرهون صار مستحقًّا للمرتهن إيفاءً لحقه، ولا كذلك سائر أموال المديون، كذا في «الذخيرة».

قوله: قِيلَ لا يُجْبَرُ اعْتِبَارًا بِالوَجْهِ الأَوَّلِ، ذكر في «المبسوط»: هو ظاهر الرواية.

قوله: أَنَّ الجَوَابَ فِي الفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، أي: يجبر فيهما وهو الصحيح، كذا ذكره الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير» وقال: والصحيح أنه يجبر على كل حال؛ لما قلنا من المعنى وهو أن البيع صار حقًّا للمدعي والمرتهن.

قوله: وَيُؤَيِّدُهُ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ؛ لأنه قال فيه: إذا أبى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطًا في العقد أو لم يكن مشروطًا فيه، وكذلك ذكر

وَفِي الأَصْلِ (وَإِذَا بَاعَ العَدْلُ الرَّهْنَ فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ، وَالثَّمَنُ قَائِمٌ مَقَامَهُ فَكَانَ رَهْنًا، وَإِنْ لَمْ يُقْبَضْ بَعْدُ) لِقِيَامِهِ مَقَامَ مَا كَانَ مَقْبُوضًا، وَإِذَا تَوَى كَانَ مَالَ المُرْتَهِنِ لِبَقَاءِ عَقْدِ الرَّهْنِ فِي الثَّمَنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ المَبِيعِ المَرْهُونِ، وَكَذَلِكَ إذَا قُتِلَ العَبْدُ الرَّهْنُ وَغَرِمَ القَاتِلُ قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّ المَالِكَ لا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ، وَإِنْ كَانَ بَدَلَ الدَّمِ فَأَخَذَ حُكْمَ ضَمَانِ المَالِ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ فَبَقِيَ عَقْدُ الرَّهْنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَتَلَهُ عَبْدٌ فَدُفِعَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا.

قَالَ: (وَإِنْ بَاعَ العَدْلُ الرَّهْنَ فَأَوْفَى المُرْتَهِنَ الثَّمَنَ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ الرَّهْنُ فَضَمِنَهُ العَدْلُ كَانَ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ الثَّمَنَ الَّذِي أَعْطَاهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ غَيْرَهُ) وَكَشْفُ هَذَا أَنَّ المَرْهُونَ المَبِيعَ إذَا اُسْتُحِقَّ

في «الأصل» مطلقًا.

قوله: وَإِذَا بَاعَ العَدْلُ الرَّهْنَ فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ؛ - لأنه لمَّا باعه العدل فقد صار ملكًا للمشتري فخرج من الرهن - وَالثَّمَنُ قَائِمٌ مَقَامَهُ فَكَانَ رَهْنًا.

قوله: وَإِذَا تَوَى كَانَ مَالَ المُرْتَهِنِ، بنصب مالٍ، أي: كان الثمن التاوي مال المرتهن.

قوله: وَكَذَلِكَ إذَا قُتِلَ العَبْدُ الرَّهْنُ وَغَرِمَ القَاتِلُ قِيمَتَهُ - أي: كانت القيمة رهنًا مكان العبد المقتول - لِأَنَّ المَالِكَ لا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ، يعني: أن الضمان وإن كان مقابلًا بالدم دون المالية حتى لم يزد على دية الحر، ولكن المولى استحق هذا الضمان بسبب المالية.

قوله: فَأَخَذَ حُكْمَ ضَمَانِ المَالِ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ - وهو المالك - فَبَقِيَ عَقْدُ الرَّهْنِ، إلى هذا أشار في «الإيضاح».

قوله: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ غَيْرَهُ، أي: ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن.

إِمَّا أَنْ يَكُونَ هَالِكًا أَوْ قَائِمًا، فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ المُسْتَحِقُّ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ العَدْلَ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ، فَإِنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ نَفَذَ البَيْعُ وَصَحَّ الِاقْتِضَاءُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِبَيْعِ مِلْكِ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ البَائِعَ يَنْفُذُ البَيْعُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَ نَفْسِهِ وَإِذَا ضَمَّنَ العَدْلَ فَالعَدْلُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ العُهْدَةِ وَنَفَذَ البَيْعُ وَصَحَّ الِاقْتِضَاءُ فَلَا يَرْجِعُ المُرْتَهِنُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنْ دَيْنِهِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى المُرْتَهِنِ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَ الثَّمَنَ بِغَيْرِ حَقٍّ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ العَبْدَ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَنَفَذَ بَيْعُهُ عَلَيْهِ فَصَارَ الثَّمَنُ لَهُ، وَإِنَّمَا أَدَّاهُ إِلَيْهِ عَلَى حُسْبَانِ أَنَّهُ مِلْكُ الرَّاهِنِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِلْكُهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ، وَإِذَا رَجَعَ بَطَلَ الِاقْتِضَاءُ فَيَرْجِعُ المُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بِدَيْنِهِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَكُونَ قَائِمًا فِي يَدِ المُشْتَرِي فَلِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ثُمَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ عَلَى العَدْلِ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ العَاقِدُ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقُ

قوله: نَفَذَ البَيْعُ وَصَحَّ الِاقْتِضَاءُ، أي: صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه.

قوله: وَإِنْ ضَمَّنَ البَائِعَ، أي: العدل.

قوله: فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِلْكُهُ - أي: ملك العدل - لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ - أي: لم يكن العدل راضيًا بأداء الثمن إلى المرتهن - فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ، أي: فللعدل أن يرجع بالثمن الذي أداه إلى المرتهن على المرتهن.

قوله: بَطَلَ الِاقْتِضَاءُ، أي: بطل قبض المرتهن.

العَقْدِ، وَهَذَا مِنْ حُقُوقِهِ حَيْثُ وَجَبَ بِالبَيْعِ، وَإِنَّمَا أَدَّاهُ لِيُسَلِّمَ لَهُ المَبِيعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ، ثُمَّ العَدْلُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَدْخَلَهُ فِي هَذِهِ العُهْدَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ تَخْلِيصُهُ وَإِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ صَحَّ قَبْضُ المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ المَقْبُوضَ سُلِّمَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْتَقَضَ العَقْدُ بَطَلَ الثَّمَنُ وَقَدْ قَبَضَهُ ثَمَنًا فَيَجِبُ نَقْضُ قَبْضِهِ ضَرُورَةً، وَإِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ وَانْتُقِضَ قَبْضُهُ عَادَ حَقُّهُ فِي الدَّيْنِ كَمَا كَانَ فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ، وَلَوْ أَنَّ المُشْتَرِيَ سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَى المُرْتَهِنِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى العَدْلِ؛ لِأَنَّهُ فِي البَيْعِ عَامَلَ لِلرَّاهِنِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا

قوله: وَإِنَّمَا أَدَّاهُ لِيُسَلِّمَ لَهُ المَبِيعَ - أي: وإنما أدى المشتري الثمن إلى العدل ليسلم للمشتري المبيع - وَلَمْ يُسَلِّمْ.

قوله: رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالقِيمَةِ، أي: بالثمن.

قوله: لِأَنَّ المَقْبُوضَ سُلِّمَ لَهُ - أي: لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن - وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى المُرْتَهِنِ، أي: وإن شاء رجع العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي أداه إليه.

قوله: فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ، أي: فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن.

قوله: وَلَوْ أَنَّ المُشْتَرِيَ سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَى المُرْتَهِنِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى العَدْلِ؛ لِأَنَّهُ فِي البَيْعِ عَامَلَ لِلرَّاهِنِ، وذكر في «الإيضاح»، و«فتاوى قاضي خان» مكان هذه المسألة وتعليلها قوله: ولو لم يسلم العدل الثمن إلى المرتهن لم يرجع عليه؛ لأنه في البيع عامل للراهن، وإنما يرجع عليه إذا قبض، وإذا لم يقبض بقي الضمان على الموكل، كذا في «الإيضاح».

وذكر في «فتاوى قاضي خان»، و«الإيضاح» أيضًا قبل هذا: وإذا باع العدل الرهن وسلم الثمن إلى المرتهن، ثم استحق أو رد بعيب فإن المشتري يرجع بالثمن على العدل، ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على المرتهن بالثمن، ويعود دين المرتهن إلى حاله، وإن شاء

قَبَض وَلَمْ يَقْبِضْ فَبَقِيَ الضَّمَانُ عَلَى المُوَكِّلِ، وَلَوْ كَانَ التَّوْكِيلُ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ غَيْرَ مَشْرُوطٍ فِي العَقْدِ فَمَا لَحِقَ العَدْلَ مِنَ العُهْدَةِ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ قَبَضَ الثَّمَنَ المُرْتَهِنُ أَمْ لا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَذَا التَّوْكِيلِ حَقُّ المُرْتَهِنِ فَلا رُجُوعَ، كَمَا فِي الوَكَالَةِ المُفْرَدَةِ عَنِ الرَّهْنِ إذَا بَاعَ الوَكِيلُ وَدَفَعَ الثَّمَنَ إلَى مَنْ أَمَرَهُ المُوَكِّلُ ثُمَّ لَحِقَهُ عُهْدَةٌ لا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى المُقْتَضَى، بِخِلَافِ الوَكَالَةِ المَشْرُوطَةِ فِي العَقْدِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُرْتَهِنِ فَيَكُونُ البَيْعُ لِحَقِّهِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَكَذَا ذَكَرَ الكَرْخِيُّ، وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ مَنْ لا يَرَى جَبْرَ هَذَا الوَكِيلِ عَلَى البَيْعِ.

رجع على الراهن، ولو أن العدل باع الرهن ولم يسلم الثمن إلى المرتهن فاستحق العبد، أو رد بعيب بقضاءٍ فإن العدل لا يرجع على المرتهن، فعُلِم بِهذا أن التعليل الذي ذكره في الكتاب تعليل ما إذا لم يسلم العدل الثمن إلى المرتهن لم يرجع عليه.

قوله: وَلا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى المُقْتَضَى، أي: على القابض.

قوله: فَيَكُونُ البَيْعُ لِحَقِّهِ، فإذا وقع البيع لحقه وسلم له ذلك جاز أن يلزمه الضمان.

قوله: وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ مَنْ لا يَرَى جَبْرَ هَذَا الوَكِيلِ عَلَى البَيْعِ، أي: على الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد، حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد، فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن: يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن، لا على المرتهن؛ لأنه لم يتعلق بِهذا التوكيل حق المرتهن، فقال في «الإيضاح»:

ولو كان التسليط على البيع بعد عقد الرهن من غير شرطٍ في العقد فهو وكيل للراهن، وما لحق العدل من العهدة رجع على الراهن قبض المرتهن أم لا؛ لأن التوكيل إذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن، ألا ترى أن للراهن أن يعزله، ولا يملك المرتهن المطالبة بالبيع فلم يكن له حق في البيع فلا يرجع عليه، كمن وكل إنسانًا أن يبيع شيئًا ويقضي من ثمنه دينه ففعل ثم لحقته عهدة لم يرجع على المقتضي، أي: على القابض، بِخِلَافِ الوَكَالَةِ

قَالَ: (وَإِنْ مَاتَ العَبْدُ المَرْهُونُ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ ثُمَّ اسْتَحَقَّهُ رَجُلٌ فَلَهُ الخِيَارُ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالتَّسْلِيمِ أَوْ بِالقَبْضِ (فَإِنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ فَقَدْ مَاتَ بِالدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَصَحَّ الإِيفَاءُ (وَإِنْ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا ضَمِنَ مِنَ القِيمَةِ وَبِدَيْنِهِ) أَمَّا بِالقِيمَةِ فَلِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ الرَّاهِنِ، وَأَمَّا بِالدَّيْنِ فَلِأَنَّهُ انْتَقَضَ اقْتِضَاؤُهُ فَيَعُودُ حَقُّهُ كَمَا كَانَ، فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّاهِنِ بِرُجُوعِ المُرْتَهِنِ عَلَيْهِ، وَالمِلْكُ فِي المَضْمُونِ يَثْبُتُ لِمَنْ عَلَيْهِ قَرَارُ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا ضَمَّنَ المُسْتَحِقُّ الرَّاهِنَ ابْتِدَاءً، قُلْنَا: هَذَا طَعْنُ أَبِي خَازِمٍ القَاضِي، وَالجَوَابُ عَنْهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِسَبَبِ الغُرُورِ وَالغُرُورُ بِالتَّسْلِيمِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، المَشْرُوطَةِ فِي العَقْدِ.

قوله: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالتَّسْلِيمِ - أي: تسليم الراهن - أَوْ بِالقَبْضِ، أي: قبض المرتهن.

وفي «المبسوط»: فللمستحق أن يضمن قيمته أيهما شاء؛ لأنه تبيَّن بالاستحقاق أن الراهن كان غاصبًا والمرتهن بمنزلة غاصب الغاصب في حق المستحق، فله أن يضمن أيّهما شاء.

قوله: فَإِنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ فَقَدْ مَاتَ بِالدَّيْنِ، أي: سقط الدين أيضًا.

قوله: فَلِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ الرَّاهِنِ، والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان، كما يرجع المستأجر على الآجر، والمودَع على المودِع، كذا في «المبسوط».

قوله: أَبِي خَازِمٍ القَاضِي، هو بالخاء المعجمة، هو عبد الحميد بن عبد العزيز[1] قاضي بغداد، كذا في «المغرب».

(١) مرَّت ترجمته منا سابقًا في (١/ ٦٦٥).

أَوْ بِالِانْتِقَالِ مِنَ الْمُرْتَهِنِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ وَكِيلٌ عَنْهُ، وَالمِلْكُ بِكُلِّ ذَلِكَ مُتَأَخِّرٌ عَنْ عَقْدِ الرَّهْنِ، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ يَضْمَنُهُ بِاعْتِبَارِ القَبْضِ السَّابِقِ عَلَى الرَّهْنِ فَيَسْتَنِدُ المِلْكُ إِلَيْهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ،

قوله: أَوْ بِالِانْتِقَالِ مِنَ الْمُرْتَهِنِ إِلَيْهِ، أي: إلى الراهن.

قوله: بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ، وهو ما لو ضمن المستحق الراهن.

فإن قلتَ: ما الفرق بين تضمين المرتهن هاهُنا وبين تضمين المضارب؟ فإن في مسألة المضاربة لو ظهر مستحق رأس مال المضاربة بعد الهلاك فضمن رب المال نفذت المضاربة فلا إشكال فيه؛ لأن تضمين رب المال هناك كتضمين الراهن هنا، وأمَّا لو ضمن المضارب ورجع هو على رب المال نفذت المضاربة أيضًا؛ لأن قرار الضمان صار على رب المال، ولم يعتبر هناك لانتقال الملك من المضارب إلى رب المال بعد عقد المضاربة، فعلى قياس ذلك ينبغي أن لا يبطل الرهن هنا فيما لو ضمن المرتهن، ولا يعتبر لانتقال الملك من المرتهن إلى الراهن بعد عقد الرهن كما لم يعتبر هناك.

قلتُ: الفرق بينهما إنما نشأ من وجه آخر، وهو عدم لزوم عقد المضاربة ولزوم عقد الرهن، وهو أن في باب المضاربة وإن ثبت للمضارب حق الرجوع على رب المال بالاستعمال وهو بالتسليم وذلك بعد العقد، إلا أن عقد المضاربة عقد غير لازم، وما لا لزوم له يعطى لدوامه حكم التجدد، ولذلك تبطل الوكالة والإذن في التجارة بموت الموكل وموت المولى وجنونهما، ولا تبطل الكتابة بموت المولى وجنونه للزوم هذه وعدم لزوم ذينك العقدين، وإذا صار للمضاربة حكم التجدد صار الملك الثابت لرب المال من وقت تسليم المال إلى المضارب سابقًا على العقد تقديرًا فنفذت المضاربة.

وأمَّا الرهن فعقد لازم لا يعطى له حكم التجدد، والعقد على الاستعمال بالتسليم والملك الثابت للراهن مقتصر على وقت التسليم، فلا ينفذ به العقد السابق عليه، كذا في «الجامع الصغير» لأبي المعين رحمه الله.

وَقَدْ طَوَّلْنَا الكَلَامَ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَقَدْ طَوَّلْنَا الكَلَامَ فِيهِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى، ويحتمل أن يكون مراده من الذي طول الكلام فيها: ما لو كان الرهن عبدًا فأبق فضمن المستحق المرتهن قيمته، ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين، ثم ظهر العبد بعد ذلك فهو للراهن؛ لأن الضمان استقر عليه، قال: ولا يكون رهنًا؛ لأنه قد استحق وبطل الرهن، وهذا إشارة إلى ما قلنا: أن الملك للراهن إنما يقع فيه من وقت التسليم بحكم الرهن، وعقد الرهن كان سابقًا على ذلك فلهذا بطل الرهن بالاستحقاق، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَجِنَايَتِهِ عَلَى غَيْرِهِ

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ فَالبَيْعُ مَوْقُوفٌ) لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ بِهِ وَهُوَ المُرْتَهِنُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكِهِ كَمَنْ أَوْصَى بِجَمِيعِ مَالِهِ تَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الوَرَثَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لمَّا كان التصرف في الرهن إنما يكون بعد كونه رهنًا، وكذلك الجناية على الرهن، وجناية الرهن، أورده عقيب مسائل الرهن؛ إذ كل ترتيب أوجب طبعًا يوجب وضعًا.

قوله: وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ فَالبَيْعُ مَوْقُوفٌ، وقوله: **بِغَيْرِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ**، يتناول الصورتين: صورة ما لو باعه الراهن ولم يعلم المرتهن ببيعه، وصورة ما إذا بلغه خبر البيع ولم يجزه.

وذكر في باب البيوع الفاسدة من بيوع «المبسوط»: وإذا باع الراهن العبد المرهون وأبى المرتهن أن يجيزه لم يجز البيع وهو موقوف؛ لأن الراهن عاجز عن التسليم فإن حق المرتهن في الحبس لازم.

ثم قال: في موضع نقول: بيع المرهون فاسد، وفي موضع نقول: جائز، والصحيح ما ذكر هُنا أنه موقوف، وتأويل قوله: فاسد، يفسد القاضي إذا خصوم فيه إليه، وطلب المشتري التسليم إليه، ومنع المرتهن ذلك، وتأويل قوله: جائز، إذا أجازه المرتهن وسلمه إليه، وإذا لم يجز المرتهن وفسخه ففيه روايتان على ما هو المذكور في الكتاب.

بِهِ (فَإِنْ أَجَازَ الْمُرْتَهِنُ جَازَ)؛ لِأَنَّ التَّوَقُّفَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِسُقُوطِهِ (وَإِنْ قَضَاهُ الرَّاهِنُ دَيْنَهُ جَازَ أَيْضًا)؛ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِنَ النُّفُوذِ وَالمُقْتَضِي مَوْجُودٌ وَهُوَ التَّصَرُّفُ الصَّادِرُ مِنَ الأَهْلِ فِي المَحَلِّ (وَإِذَا نَفَذَ البَيْعُ بِإِجَازَةِ المُرْتَهِنِ يَنْتَقِلُ حَقُّهُ إِلَى بَدَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِالمَالِيَّةِ، وَالبَدَلُ لَهُ حُكْمُ المُبْدَلِ فَصَارَ كَالعَبْدِ المَدْيُونِ المَأْذُونِ إِذَا بِيعَ بِرِضَا الغُرَمَاءِ يَنْتَقِلُ حَقُّهُمْ إِلَى البَدَلِ؛ لِأَنَّهُمْ رَضُوا بِالِانْتِقَالِ دُونَ السُّقُوطِ رَأْسًا فَكَذَا هَذَا (وَإِنْ لَمْ يُجِزِ المُرْتَهِنُ البَيْعَ وَفَسَخَهُ انْفَسَخَ فِي رِوَايَةٍ، حَتَّى لَوِ افْتَكَّ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ لا سَبِيلَ لِلْمُشْتَرِي عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ الثَّابِتَ

قوله: يَنْتَقِلُ حَقُّهُ إِلَى بَدَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ، أي: ثمنه يصير رهنًا مكانه.

وبقوله: هُوَ الصَّحِيحُ، يحترز عمَّا رُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إنما يصير رهنًا إذا شرط المرتهن عند الإجازة أن يكون الثمن رهنًا، أمَّا إذا لم يشترط لا يصير رهنًا؛ لأن المرتهن لمَّا أجاز البيع نفذ البيع وصار الثمن مملوكًا للراهن، وأنه مال آخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنًا من غير شرطٍ، كما لو أجر الراهن فأجازه المرتهن لا تصير الأجرة رهنًا من غير شرط؛ لما بينا، فكذلك هاهُنا.

ووجه ظاهر الرواية هو أن المرتهن لمَّا أجاز البيع نفذ البيع، وتحول حقه من العين إلى ثمنه؛ لأن الثمن قائم مقام المثمَّن، والمثمن كان محل حقِّ المرتهن فيتعلق حقه بالثمن، وهذا هو الأصل في جنس هذه المسائل: أن من تصرف في عين مملوك له وقد تعلق به حق الغير فأجاز صاحب الحق تصرفه هل يتعلق حقه ببدله؟ ينظر إن كان ما وجب من البدل بدلًا عمَّا تعلق به حقه يتعلق حقه بالبدل، وإن كان ما وجب من البدل بدلًا عما لا يتعلق به حقه لا يتعلق حقه بالبدل، ألا ترى أن الآجر إذا باع المستأجَرَ فأجاز المستأجر بيعه لا يتعلق حقه بالثمن؛ لأن الثمن وجب بدلًا عن العين وحقه في المنفعة، فأمَّا حق المرتهن فمتعلق بالعين فجاز أن يتعلق حقه ببدله، كذا في «الذخيرة».

لِلْمُرْتَهِنِ بِمَنْزِلَةِ المِلْكِ فَصَارَ كَالمَالِكِ لَهُ أَنْ يُجِيزَ وَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ (وَفِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لا يَنْفَسِخُ بِفَسْخِهِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ حَقُّ الفَسْخِ لَهُ إِنَّمَا يُثْبِتُ ضَرُورَةَ صِيَانَةِ حَقِّهِ، وَحَقُّهُ فِي الحَبْسِ لا يَبْطُلُ بِانْعِقَادِ هَذَا العَقْدِ فَبَقِيَ مَوْقُوفًا، فَإِنْ شَاءَ المُشْتَرِي صَبَرَ حَتَّى يَفْتَكَّ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ؛ إِذِ العَجْزُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ، وَإِنْ شَاءَ رَفَعَ الأَمْرَ إِلَى القَاضِي، وَلِلْقَاضِي أَنْ يَفْسَخَ لِفَوَاتِ القُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَوِلَايَةُ الفَسْخِ إِلَى القَاضِي لا إِلَيْهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَبَقَ العَبْدُ المُشْتَرَى قَبْلَ القَبْضِ فَإِنَّهُ يَتَخَيَّرُ المُشْتَرِي لِمَا ذَكَرْنَا كَذَلِكَ هَذَا (وَلَوْ بَاعَهُ الرَّاهِنُ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ بَاعَهُ بَيْعًا ثَانِيًا مِنْ غَيْرِهِ قَبْلَ أَنْ يُجِيزَهُ المُرْتَهِنُ فَالثَّانِي مَوْقُوفٌ أَيْضًا عَلَى إِجَازَتِهِ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ لَمْ يَنْفُذْ وَالمَوْقُوفُ لا يَمْنَعُ تَوَقُّفَ الثَّانِي، فَلَوْ أَجَازَ المُرْتَهِنُ البَيْعَ الثَّانِي جَازَ الثَّانِي (وَلَوْ بَاعَ الرَّاهِنُ ثُمَّ أَجَّرَ أَوْ وَهَبَ أَوْ رَهَنَ مِنْ غَيْرِهِ، وَأَجَازَ المُرْتَهِنُ هَذِهِ العُقُودَ جَازَ البَيْعُ الأَوَّلُ)

قوله: وَفِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لا يَنْفَسِخُ بِفَسْخِهِ، حتى لو صبر المشتري إلى أن افتكه الراهن كان له أن يأخذه، ولفظة الكتاب تدل عليه، فإنه قال بعد إباء المرتهن: وهو موقوف؛ وهذا لأن المرتهن لا حق له في هذا العقد، حتى إذا أجازه كان المشتري متملكًا على الراهن لا على المرتهن، بخلاف المالك فإن هناك إذا أجاز العقد كان المشتري متملكًا عليه، فكان له ولاية الفسخ، وهاهُنا للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس إلى أن يصله إليه دينه، وليست له ولاية فسخ العقد، إنما كان ذلك إلى القاضي إذا خوصم وعجز البائع عن التسليم فإنه يفسخ البيع بقطع المنازعة، فما لم يوجد ذلك كان البيع موقوفًا، كذا في بيوع «المبسوط».

قوله: وَلِلْقَاضِي أَنْ يَفْسَخَ، أي: البيع، على ما ذكرنا من «المبسوط».

قوله: إِلَى القَاضِي لا إِلَيْهِ، أي: لا إلى المرتهن.

قوله: وَلَوْ بَاعَ الرَّاهِنُ - أي: من غير إجازة المرتهن - ثُمَّ أَجَّرَ ... وَأَجَازَ المُرْتَهِنُ هَذِهِ

وَالفَرْقُ أَنَّ المُرْتَهِنَ ذُو حَظٍّ مِنَ البَيْعِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِبَدَلِهِ فَيَصِحُّ تَعْيِينُهُ لِتَعَلُّقِ فَائِدَتِهِ بِهِ، أَمَّا لا حَقَّ لَهُ فِي هَذِهِ العُقُودِ؛ لِأَنَّهُ لا بَدَلَ فِي الهِبَةِ وَالرَّهْنِ، وَالَّذِي فِي الإِجَارَةِ بَدَلُ المَنْفَعَةِ لا بَدَلُ العَيْنِ، وَحَقُّهُ فِي مَالِيَّةِ العَيْنِ لا فِي المَنْفَعَةِ فَكَانَتْ إِجَازَتُهُ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ فَزَالَ المَانِعُ فَنَفَذَ البَيْعُ الأَوَّلُ فَوَضَعَ الفَرْقُ.

قَالَ: (وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَ الرَّهْنِ نَفَذَ عِتْقُهُ) وَفِي بَعْضِ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ لا يَنْفُذُ إِذَا كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّ فِي تَنْفِيذِهِ إِبْطَالَ حَقِّ المُرْتَهِنِ فَأَشْبَهَ البَيْعَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُوسِرًا حَيْثُ يَنْفُذُ عَلَى بَعْضِ أَقْوَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لا يَبْطُلُ حَقُّهُ مَعْنًى بِالتَّضْمِينِ، وَبِخِلَافِ إِعْتَاقِ المُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ تَبْقَى مُدَّتُهَا؛ إِذِ الحُرُّ يَقْبَلُهَا، أَمَّا مَا لا يَقْبَلُ الرَّهْنَ فَلا يَبْقَى، وَلَنَا أَنَّهُ مُخَاطَبٌ أَعْتَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَلا يَلْغُو بِصَرْفِهِ بِعَدَمِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ العَبْدُ المُشْتَرَى قَبْلَ القَبْضِ أَوْ أَعْتَقَ الآبِقَ أَوِ المَغْصُوبَ، وَلا خَفَاءَ فِي قِيَامِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ لِقِيَامِ المُقْتَضِي، وَعَارِضُ الرَّهْنِ لا يُنْبِئُ عَنْ زَوَالِهِ، ثُمَّ إِذَا

العُقُودَ، وهي: الإجارة، والرهن، والهبة.

قوله: وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَ الرَّهْنِ - أي: عبدًا هو رهن - نَفَذَ عِتْقُهُ، - أي: إعتاقه - وَفِي بَعْضِ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لا يَنْفُذُ، ذكر أقواله بلفظ الجمع؛ لأن له أقوالًا ثلاثة هاهُنا، فأحد أقاويله كقولنا، والقولان الآخران هما المذكوران في الكتاب.

وفي «المبسوط»: فعتق الراهن نافذ عندنا موسرًا كان أو معسرًا، وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله، وفي قول آخر يقول: لا ينفذ عتقه موسرًا كان أو معسرًا، وفي قول آخر يقول: إن كان موسرًا ينفذ عتقه ويضمن قيمته للمرتهن، وإن كان معسرًا لا ينفذ، كما إذا أعتق الآبق، والجامع بين الآبق والمرهون فوات يد المالك منهما، وتعذر التسليم إلى المشتري.

زَالَ مِلْكُهُ فِي الرَّقَبَةِ بِإِعْتَاقِهِ يَزُولُ مِلْكُ المُرْتَهِنِ فِي اليَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ كَإِعْتَاقِ العَبْدِ المُشْتَرَكِ، بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ أَقْوَى مِنْ مِلْكِ اليَدِ، فَلَمَّا لَمْ يُمْنَعَ الأَعْلَى لا يُمْنَعُ الأَدْنَى بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى، وَامْتِنَاعُ النَّفَاذِ فِي البَيْعِ وَالهِبَةِ لِانْعِدَامِ القُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَإِعْتَاقُ الوَارِثِ العَبْدَ المُوصَى بِرَقَبَتِهِ لا يَلْغُو بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَى أَدَاءِ السِّعَايَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَإِذَا نَفَذَ الإِعْتَاقُ بَطَلَ الرَّهْنُ لِفَوَاتِ مَحَلِّهِ (ثُمَّ) بَعْدَ ذَلِكَ (إِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا، وَالدَّيْنُ حَالًا طُولِبَ بِأَدَاءِ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ طُولِبَ بِأَدَاءِ القِيمَةِ تَقَعُ المُقَاصَّةُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ.

قوله: وَإِعْتَاقُ الوَارِثِ العَبْدَ المُوصَى بِرَقَبَتِهِ لا يَلْغُو، وهذا جواب عمَّا تمسك به في بعض المواضع، وادعى بأنه يلغو إعتاقه مع أنَّه ملكه؛ لأن ذلك مصور فيما إذا لم يخرج من الثلث، قلنا: ليس كذلك، بل هو مؤخر عند أبي حنيفة رحمه الله إلى أداء السعاية.

وذكر في «المبسوط» مكان هذا إعتاق المريض، فقال: إعتاق المريض عندنا لا يلغو لقيام حق الغرماءِ، لكنه يخرج إلى الحرية بالسعاية لا محالة، فهاهُنا أيضًا ينبغي أن لا يلغو، إلا أن هناك هو بمنزلة المكاتب ما دام يسعى، وهاهُنا يكون حرًّا وإن لزمته السعاية عند اعتبار الراهن؛ لأن العتق في المرض وصية، والوصية تتأخر عن الدين، إلا أن العتق لا يمكن رده فتجب عليه السعاية في قيمته لرد الوصية.

فإن قلتَ: لو رشح الخصم ما قاسه على البيع وقال: إن امتناع نفوذ بيعه لمراعاة حق المرتهن فإن حقه فيه، أمَّا البيع في الدين كما هو عندي، أو استيفاء الدين من المالية كما هو عندكم، وإبطال هذا الحق عليه بالإعتاق أظهر منه بالبيع، والبيع أسرع نفوذًا من العتق حتى ينفذ البيع من المكاتب، ولا ينفذ العتق، فإذا لم ينفذ بيع الراهن لمراعاة حق المرتهن فلأَن لا ينفذ عتقه أَوْلَى؛ ولأن المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل أنه لو أتلفه ضمن قيمته كالأجنبيِّ، حتى لو جنى عليه ضمن الأرش، ولو وطئها وهي بكر ضمن العقد، ولو كان زائلًا

(وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا أُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَةُ العَبْدِ وَجُعِلَتْ رَهْنًا مَكَانَهُ حَتَّى يَحِلَّ الدَّيْنُ)؛ لِأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ مُتَحَقِّقٌ، وَفِي التَّضْمِينِ فَائِدَةٌ فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ اقْتَضَاهُ بِحَقِّهِ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ وَرَدَّ الفَضْلَ (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ وَقَضَى بِهِ الدَّيْنَ،

من ملكه حقيقةً لم ينفذ عتقه فيه، فكذلك إذا صار كالزائل عن ملكه، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا جوابنا عن البيع فما هو المذكور في الكتاب، وإيضاحه هو أن البيع كما يستدعي الملك في المحل يستدعي القدرة على التسليم، ولهذا لا ينفذ في الآبق، والجنين في البطن، والمؤاجَر، فكذلك لا ينفذ في المرهون لعجز الراهن عن تسليمه، بخلاف العتق.

يوضحه أن نفوذ البيع يقتضي تمام الرضاء؛ ولهذا لا ينفذ مع الهزل، وشرط الخيار، والكره، فكذلك عدم الرضى من صاحب الحق وهو المرتهن يمنع نفوذه، فأمَّا العتق لا يقتضي نفوذه تمام الرضى، حتى ينفذ مع الهزل، أو شرط الخيار، فإذا كان عدم الرضى من صاحب الملك لا يمنع نفوذ العتق فمن صاحب الحق أوْلَى.

وأمَّا قوله: أن المرهون في حكم الزائل عن ملكه الراهن، قلنا: لا كذلك؛ لأن عقد الرهن لا يزيل الملك في الحال ولا في ثانِي الحال، وأمَّا وجوب الضمان على الراهن لا باعتبار أنه كالخارج عن ملكه، بل لإتلافه المالية المشغولة بحق المرتهن، كالمولى يتلف العبد المأذون المديون يكون ضامنًا قيمته للغرماء، لا باعتبار أن لحوق الدَّين بالعبد يزيل ملك المولى، ونفاذ البيع من المكاتب، باعتبار أنه مندوب إليه إلى التجارة، وعدم نفاذ العتق منه لعدم ملك الرقبة له فيه، فبناءُ نفوذ العتق على ملك الرقبة، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ وَقَضَى بِهِ الدَّيْنَ، وفي «الذخيرة»: وإن كان الراهن المعتق معسرًا فللمرتهن أن يستسعي العبد وينظر في ذلك إلى قيمة العبد يوم العتق، وإلى قيمته يوم الرهن، وإلى الدين، يستسعي في أقلها، ثم يرجع العبد على الراهن بما سعى إذا أيسر، ويرجع المرتهن على الراهن ببقية الدين إن فضل الدين على السعاية.

إِلَّا إِذَا كَانَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ مِنْ جِهَةِ المُعْتَقِ يَرْجِعُ إِلَى مَنْ يَنْتَفِعُ بِعِتْقِهِ وَهُوَ العَبْدُ؛ لِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَتِ القِيمَةُ أَقَلَّ مِنَ الدَّيْنِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ أَقَلَّ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (ثُمَّ يَرْجِعُ بِمَا سَعَى عَلَى مَوْلَاهُ إِذَا أَيْسَرَ)؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ وَهُوَ مُضْطَرٌّ فِيهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا تَحَمَّلَ عَنْهُ، بِخِلَافِ المُسْتَسْعَى فِي الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي ضَمَانًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْعَى لِتَحْصِيلِ العِتْقِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لِتَكْمِيلِهِ، وَهُنَا

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ، أي: إلا إذا كان ما حصل من سعاية العبد، بخلاف جنس حق المرتهن لا يقضى به الدين، بل يصارف إلى جنس حقه ويقضى به دينه.

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ أَقَلَّ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، أي: في هذا الباب في مسألة استيلاد الأمة المرهونة، وهو قوله: بِخِلَافِ المُعْتَقِ حَيْثُ يَسْعَى فِي الأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ وَمِنَ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ حَقُّهُ، إلى قوله: وَحَقُّ المُرْتَهِنِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَلَا تَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ.

قوله: بِخِلَافِ المُسْتَسْعَى فِي الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي ضَمَانًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْعَى لِتَحْصِيلِ العِتْقِ عِنْدَهُ، أي: عند أبي حنيفة رحمه الله، وقيل: لأن العبد بما يسعى يتملك نصيب الساكت عوض ما أدّى فلا يرجع به على أحد حتى لا يستحق عوضين بإزاء مالٍ واحدٍ.

وعندهما الكل إن عتق على المعتَق وصار ملكًا له، إلا أن الثابت للمعتق ملك لا قرار له، فإنه كما ملك يزول العبد عن ملكه، وما لا قرار له يعتبر ثابتًا من وجه دون وجه، فيعتبر الملك ثابتًا للمعتق في حقِّ نفاذ العتق، فأمَّا فيما عدا ذلك لا يعتبر ثابتًا للمولى بل يُعتبر ثابتًا للساكت، ومنتقلًا إلى العبد فيما وراء نفاذ العتق، فأمَّا هاهُنا ليس للمرتهن ملك إنما له مجرد حق، وما له من الحق لم يصر للعبد؛ لأنه ممَّا لا يقبل النقل من ملك إلى ملك بالضمان، وإذا لم يصر ما للمرتهن من الحق للعبد لم يجعل له عوض بإزاء ما أدّى، فكان له الرجوع بما أدّى

يَسْعَى فِي ضَمَانٍ عَلَى غَيْرِهِ بَعْدَ تَمَامِ إِعْتَاقِهِ فَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ، ثُمَّ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَوْجَبَ السِّعَايَةَ فِي المُسْتَسْعَى المُشْتَرَكِ فِي حَالَتَي اليَسَارِ وَالإِعْسَارِ، وَفِي العَبْدِ المَرْهُونِ شَرَطَ الإِعْسَارَ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ المِلْكِ وَأَنَّهُ أَدْنَى مِنْ حَقِيقَتِهِ الثَّابِتَةِ لِلشَّرِيكِ السَّاكِتِ فَوَجَبَ السِّعَايَةُ هُنَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ إِظْهَارًا لِنُقْصَانِ رُتْبَتِهِ، بِخِلَافِ المُشْتَرَى قَبْلَ القَبْضِ إِذَا أَعْتَقَهُ المُشْتَرِي حَيْثُ لا يَسْعَى لِلْبَائِعِ إِلَّا رِوَايَةً عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَالمَرْهُونُ يَسْعَى؛ لِأَنَّ حَقَّ البَائِعِ فِي الحَبْسِ أَضْعَفُ؛ لِأَنَّ البَائِعَ لا يَمْلِكُهُ فِي الآخِرَةِ وَلا يُسْتَوْفَى مِنْ عَيْنِهِ، وَكَذَلِكَ يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الحَبْسِ

على الراهن كالوارث إذا أدَّى دين الميت عن ماله، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: فَوَجَبَتِ السِّعَايَةُ هُنَا - أي: في إعتاق الراهن - فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ - وهي حالة الإعسار - إِظْهَارًا لِنُقْصَانِ رُتْبَتِهِ، أي: لنقصان رتبة حق المرتهن عن رتبة حق الساكت، فإن للساكت من الشريكين حقيقة الملك في العبد فلذلك أثر في الحالين، وللمرتهن حق الاحتباس فيه فأثر في حالة واحدة لا غير.

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام»: وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين العبد بين شريكين إذا أعتق أحدهما، قال: للساكت أن يستسعي العبد موسرًا كان أو معسرًا، وقال: للمرتهن استسعاء العبد إذا كان الراهن معسرًا، وليس له أن يستسعي العبد إذا كان موسرًا، وإنما فعل ذلك لما ذكرنا أن للمرتهن في العبد المرهون حقًّا وليس له ملك، ولو لم يكن له حق ولا ملك لم يكن له أن يستسعي العبد حال إعسار المعتق ويساره، ولو كان له ملك كان له أن يستسعي العبد في الحالين على قول أبي حنيفة رحمه الله كما في العبد المشترك، وإذا كان له حقٌّ ولم يكن له ملك جعلنا له حق الاستسعاء حال إعسار الراهن، ولم نجعل له حق الاستسعاء حال يسار الراهن ليظهر نقصان رتبة الحق عن رتبة الملك، وهذا كما قلنا: أن الراهن إذا كان معسرًا يسعى العبد ويرجع، والعبد المشترك إذا سعى للساكت لا يرجع ليظهر

بِالإِعَارَةِ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَالْمُرْتَهِنُ يَنْقَلِبُ حَقُّهُ مِلْكًا، وَلا يَبْطُلُ حَقُّهُ بِالإِعَارَةِ مِنَ الرَّاهِنِ حَتَّى يُمْكِنَهُ الِاسْتِرْدَادُ، فَلَوْ أَوْجَبْنَا السِّعَايَةَ فِيهِمَا لَسَوَّيْنَا بَيْنَ الحَقَّيْنِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ (وَلَوْ أَقَرَّ المَوْلَى بِرَهْنِ عَبْدِهِ بِأَنْ قَالَ لَهُ: رَهَنْتُكَ عِنْدَ فُلانٍ وَكَذَّبَهُ العَبْدُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ تَجِبُ السِّعَايَةُ) عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يُعْتَبَرُ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ العِتْقِ وَنَحْنُ نَقُولُ أَقَرَّ بِتَعَلُّقِ الحَقِّ فِي حَالٍ يَمْلِكُ التَّعْلِيقَ فِيهِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فَيَصِحُّ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ العِتْقِ؛ لِأَنَّهُ حَالَ انْقِطَاعِ الوِلايَةِ، (وَلَوْ دَبَّرَهُ الرَّاهِنُ صَحَّ تَدْبِيرُهُ بِالِاتِّفَاقِ) أَمَّا عِنْدَنَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لا يَمْنَعُ البَيْعَ عَلَى أَصْلِهِ.

(وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا الرَّاهِنُ صَحَّ الِاسْتِيلادُ بِالِاتِّفَاقِ)؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بِأَدْنَى الحَقَّيْنِ وَهُوَ مَا لِلْأَبِ فِي جَارِيَةِ الِابْنِ فَيَصِحُّ بِالأَعْلَى (وَإِذَا صَحَّا خَرَجَا مِنَ الرَّهْنِ) لِبُطْلَانِ المَحَلِّيَّةِ؛ إِذْ لا يَصِحُّ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُمَا (فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا) عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي الإِعْتَاقِ (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا اسْتَسْعَى المُرْتَهِنُ المُدَبَّرَ وَأُمَّ الوَلَدِ فِي جَمِيعِ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ كَسْبَهُمَا مَالُ المَوْلَى، بِخِلَافِ المُعْتَقِ حَيْثُ يَسْعَى

مزية الملك على الحق، ويظهر نقصان رتبة الحق عن الملك، فكذلك هذا.

قوله: وَالْمُرْتَهِنُ يَنْقَلِبُ حَقُّهُ مِلْكًا، بأن هلك الرهن في يده يكون المرتهن مالكًا له من حيث المالية، وأمَّا حق البائع فقط لا يصير ملكًا من جهة المشتري بحالٍ، إلى هذا أشار شيخ الإسلام رحمه الله.

قوله: وَكَذَا عِنْدَهُ، أي: عند الشافعي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا صَحَّا - أي: التدبير والاستيلاد - خَرَجَا، أي: المدبر وأم الولد.

فِي الأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ وَمِنَ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ حَقُّهُ، وَالمُحْتَبَسُ عِنْدَهُ لَيْسَ إِلَّا قَدْرَ القِيمَةِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَحَقُّ المُرْتَهِنِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَلَا تَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ وَلَا يَرْجِعَانِ بِمَا يُؤَدِّيَانِ عَلَى المَوْلَى بَعْدَ يَسَارِهِ؛ لِأَنَّهُمَا أَدَّيَاهُ مِنْ مَالِ المَوْلَى، وَالمُعْتَقُ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى مِلْكَهُ عَنْهُ وَهُوَ مُضْطَرٌّ عَلَى مَا مَرَّ، وَقِيلَ الدَّيْنُ إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا يَسْعَى المُدَبَّرُ فِي قِيمَتِهِ قِنًّا؛ لِأَنَّهُ عِوَضُ الرَّهْنِ حَتَّى تُحْبَسَ مَكَانَهُ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ العِوَضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ حَالًّا؛ لِأَنَّهُ يَقْضِي بِهِ الدَّيْنَ، وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ المُدَبَّرَ وَقَدْ قَضَى عَلَيْهِ بِالسِّعَايَةِ أَوْ لَمْ يَقْضِ لَمْ يَسْعَ إِلَّا بِقَدْرِ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ بَعْدَ العِتْقِ مِلْكُهُ، وَمَا أَدَّاهُ قَبْلَ العِتْقِ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَوْلَاهُ لِأَنَّهُ أَدَّاهُ مِنْ مَالِ المَوْلَى.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ لَوِ اسْتَهْلَكَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ)؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالإِتْلَافِ، وَالضَّمَانُ رَهْنٌ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ العَيْنِ (فَإِنِ اسْتَهْلَكَهُ أَجْنَبِيٌّ فَالمُرْتَهِنُ هُوَ الخَصْمُ فِي تَضْمِينِهِ فَيَأْخُذُ القِيمَةَ وَتَكُونُ رَهْنًا فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِعَيْنِ الرَّهْنِ

قوله: وَلَا يَرْجِعَانِ بِمَا يُؤَدِّيَانِ عَلَى المَوْلَى، وكذا ذكر في «الذخيرة» وقال: وإن كان مكان العتق تدبير فالجواب فيه نظير الجواب في العتاق إلا في خصلتين:

إحداهما: أن في فصل العتق إذا كان الراهن معسرًا فالعبد يسعى في الأقل من ثلاثة أشياء، وفي التدبير يسعى في جميع الدين بالغًا ما بلغ.

والثانية: أن بالتدبير لا يرجع المدبر على المولى بما سعى؛ لأن بالتدبير لا يخرج من أن تكون سعايته مال المولى فيسعى في جميع الدين ولا يرجع، ولا كذلك العتق.

قوله: وَكَذَلِكَ لَوِ اسْتَهْلَكَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ، أي: يضمن، وهو معطوف على قوله: فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا.

حَالَ قِيَامِهِ فَكَذَا فِي اسْتِرْدَادِ مَا قَامَ مَقَامَهُ، وَالوَاجِبُ عَلَى هَذَا المُسْتَهْلِكِ قِيمَتُهُ يَوْمَ هَلَكَ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ خَمْسَمِائَةٍ وَيَوْمَ رَهَنَ أَلْفًا غَرِمَ خَمْسَمِائَةٍ وَكَانَتْ رَهْنًا وَسَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُمِائَةٍ فَصَارَ الحُكْمُ فِي الخَمْسِمِائَةِ الزِّيَادَةَ كَأَنَّهَا هَلَكَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ، وَالمُعْتَبَرُ فِي ضَمَانِ الرَّهْنِ القِيمَةُ يَوْمَ القَبْضِ لا يَوْمَ الفِكَاكِ؛ لِأَنَّ القَبْضَ السَّابِقَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَقَرَّرُ عِنْدَ الهَلَاكِ (وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ المُرْتَهِنُ وَالدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ غَرِمَ القِيمَةَ)؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ الغَيْرِ (وَكَانَتْ رَهْنًا فِي يَدِهِ حَتَّى يَحِلَّ الدَّيْنُ)؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ العَيْنِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ (وَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ وَهُوَ عَلَى صِفَةِ القِيمَةِ اسْتَوْفَى المُرْتَهِنُ مِنْهَا قَدْرَ حَقِّهِ)؛ لِأَنَّهُ جِنْسُ حَقِّهِ (ثُمَّ إِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ يَرُدُّهُ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ وَقَدْ فَرَغَ عَنْ حَقِّ المُرْتَهِنِ (وَإِنْ نَقَصَتْ عَنِ الدَّيْنِ بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ إِلَى خَمْسِمِائَةٍ وَقَدْ كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ

قوله: وَالوَاجِبُ عَلَى هَذَا المُسْتَهْلِكِ قِيمَتُهُ يَوْمَ هَلَكَ، قيد بقوله: هَذَا المُسْتَهْلِكِ، احترازًا عن استهلاك المرتهن، فإن عليه قيمته يوم قبض على ما يجيء في الكتاب، وكذلك في الهلاك تعتبر قيمته يوم قبض لا يوم هلك.

قوله: وَهُوَ عَلَى صِفَةِ القِيمَةِ، أي: في الجنسية والجودة.

قوله: وَإِنْ نَقَصَتْ عَنِ الدَّيْنِ - أي: إن نقصت قيمة الرهن قبل الاستهلاك - بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ، فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر، فهذا جواب إشكال وهو أن يقال: لو سقط الدين بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونـًا عن المرتهن بتراجع السعر، وليس لتراجع السعر تأثير في إسقاط شيء من الدين، كما إذا ردَّه إلى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر، ألا ترى أنه ذكر في باب الجناية على الرهن من رهن «المبسوط»، وقال: وعندنا بنقصان سعر الرهن لا يسقط شيء من الدين، إلى أن قال: وهو نظير المبيع في يد البائع إذا

أَلْفًا وَجَبَ بِالِاسْتِهْلَاكِ خَمْسُمِائَةٍ وَسَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُمِائَةٍ)؛ لِأَنَّ مَا انْتَقَصَ كَالهَالِكِ وَسَقَطَ الدَّيْنُ بِقَدْرِهِ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ القَبْضِ فَهُوَ مَضْمُونٌ بِالقَبْضِ السَّابِقِ لا بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ البَاقِي بِالإِتْلَافِ وَهُوَ قِيمَتُهُ يَوْمَ أُتْلِفَ.

قَالَ: (وَإِذَا أَعَارَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ لِلرَّاهِنِ لِيَخْدُمَهُ أَوْ لِيَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا فَقَبَضَهُ خَرَجَ مِنْ ضَمَانِ المُرْتَهِنِ) لِمُنَافَاةٍ بَيْنَ يَدِ العَارِيَّةِ وَيَدِ الرَّهْنِ (فَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ هَلَكَ

انتقص سعره لا يتخير المشتري.

وكذلك ذكر في باب رهن الحيوان منه وقال: ونقصان السعر وزيادته لا يغير حكم الرهن، والاعتبار لقيمته يوم رهن؛ لأن تغير السعر لا يؤثر في العين، إنما هو فتورٌ في رغبات الناس فيه على ما يجيء في الكتاب مشروحـًا.

قوله: وَإِذَا أَعَارَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ لِلرَّاهِنِ، وفي استعمال لفظ الإعارة هاهُنا تسامح؛ لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض، وتمليك المنافع إنما يتحقق ممَّن يملكها بنفسه، ولم يكن المرتهن مالكًا لمنافع الرهن فكيف يملك تمليكها، ولكن لمَّا عومل هاهُنا معاملة الإعارة من عدم الضمان ويمكن استرداد المعير أطلق اسم الإعارة.

قوله: لِمُنَافَاةٍ بَيْنَ يَدِ العَارِيَّةِ وَيَدِ الرَّهْنِ؛ لأن الضمان لو كان باقيًا إنما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن، وبقاء يد المرتهن إنما يتحقق أن لو كان يد الراهن يد المرتهن، وهذا غير ممكن؛ لأن قبض المرتهن قبض مضمون، وقبض الراهن غير مضمون، فبين كونه مضمونـًا وغيره مضمون منافاة؛ فلا ينوب غير المضمون عن المضمون.

فإن قلتَ: سلمنا أن بين اليدين منافاة فلِمَ رجح جانب العارية على جانب الرهن حتى خرج من الضمان، والقياس يقتضي انعكاسه وهو أن يرجح جانب الرهن لوجهين:

أحدهما: أن الرهن عقد لازم والعارية لا.

والثاني: أن القبض المضمون أقوى من غير المضمون.

وَلِأَبِي يُوسُفَ فِي الخِلَافِيَّةِ الأُخْرَى أَنَّ الدَّيْنَ فِي بَابِ الرَّهْنِ كَالثَّمَنِ فِي البَيْعِ، وَالرَّهْنُ كَالمُثَمَّنِ فَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا كَمَا فِي البَيْعِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا الِالتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ لِلْحَاجَةِ وَالإِمْكَانِ، وَلَهُمَا وَهُوَ القِيَاسُ أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الدَّيْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي الرَّهْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ عِنْدَنَا، وَالزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي الدَّيْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ مِنْ صِحَّةِ الرَّهْنِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَهَنَ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ مِنَ الدَّيْنِ جَازَ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ أَلْفًا وَهَذَا شُيُوعٌ فِي الدَّيْنِ، وَالِالتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ غَيْرُ مُمْكِنٍ فِي طَرَفِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ وَلَا مَعْقُودٍ بِهِ،

قوله: وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الخِلَافِيَّةِ الأُخْرَى، وهو **قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا**.

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَهَنَ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ مِنَ الدَّيْنِ جَازَ، أي: رهن عبدًا بمقابلة خمسمائة من الدين الذي هو ألف، أي: بنصف الدين، وبه صرح في «المبسوط» فقال: والشيوع في الدين لا يضر، كما لو رهنه بنصف الدين رهنًا، ولا يقال: الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد فلا يؤدي إلى الشيوع فيه؛ لأنا نسلم هذا، ولكنه مع الالتحاق بأصل العقد تثبت تسمية على حدةً، فهو كما لو رهنه في الابتداء ثوبًا بعشرين، نصفه بعشرة ونصفه بعشرة، وذلك لا يجوز وبه فارق البيع والشيوع، وتفرق التسمية لا يؤثر في إفساد البيع.

قوله: وَالِالتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ غَيْرُ مُمْكِنٍ فِي طَرَفِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ وَلَا مَعْقُودٍ بِهِ، يعني: أن الزيادة إنما تصح ملتحقًا بأصل العقد في المعقود عليه كما في الزيادة في الرهن، والزيادة في المبيع أو المعقود به كما في الزيادة في الثمن؛ لأن وجوب الثمن بالعقد فكان معقودًا به، وهاهُنا الدين ليس بمعقود عليه ولا معقود به؛ لأن المعقود به ما يكون وجوبُه بالعقد والدين كان واجبًا قبل عقد الرهن بسببه، ويبقى بعد فسخ الرهن، فعُلِم أنه ليس بمعقودٍ به فلا يملك إثبات الزيادة فيه ملتحقًا بأصل العقد، فأمَّا الرهن فمعقود عليه؛ لأنه

بَلْ وُجُوبُهُ سَابِقٌ عَلَى الرَّهْنِ، وَكَذَا يَبْقَى بَعْدَ انْفِسَاخِهِ، وَالِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ فِي بَدَلَيِ العَقْدِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلٌ يَجِبُ بِالعَقْدِ، ثُمَّ إِذَا صَحَّتِ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ وَتُسَمَّى هَذِهِ زِيَادَةً قَصْدِيَّةً يُقَسَّمُ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَةِ الأَوَّلِ يَوْمَ القَبْضِ، وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَوْمَ قُبِضَتْ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الزِّيَادَةِ يَوْمَ قَبْضِهَا خَمْسَمِائَةٍ، وَقِيمَةُ الأَوَّلِ يَوْمَ القَبْضِ أَلْفًا وَالدَّيْنُ أَلْفًا يُقَسَّمُ الدَّيْنُ أَثْلَاثًا، فِي الزِّيَادَةِ ثُلُثُ الدَّيْنِ، وَفِي الأَصْلِ ثُلُثَا الدَّيْنِ اعْتِبَارًا بِقِيمَتِهِمَا فِي وَقْتَيِ الِاعْتِبَارِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَثْبُتُ بِالقَبْضِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَقْتَ القَبْضِ.

(وَإِذَا وَلَدَتِ المَرْهُونَةُ وَلَدًا ثُمَّ إِنَّ الرَّاهِنَ زَادَ مَعَ الوَلَدِ عَبْدًا، وَقِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ أَلْفٌ فَالعَبْدُ رَهْنٌ مَعَ الوَلَدِ خَاصَّةً يُقَسَّمُ مَا فِي الوَلَدِ عَلَيْهِ وَعَلَى العَبْدِ الزِّيَادَةُ)؛

لم يكن محبوسًا قبل عقد الرهن ولا يبقى محبوسًا بعد فسخ الرهن، فالزيادة في الرهن تكون زيادة في المعقود عليه فيلتحق بأصل العقد، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: بَلْ وُجُوبُهُ، أي: وجوب الدين.

قوله: وَالِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ فِي بَدَلَيِ العَقْدِ، وهما المعقود عليه، والمعقود به.

قوله: وَتُسَمَّى هَذِهِ - أي: الزيادة في المرهون - زِيَادَةً قَصْدِيَّةً، بخلاف نماء الرهن، فإن ذلك زيادة في الرهن ليست بقصدية، بل زيادة ضمنية فيختلفان حكمًا أيضًا، فإن الدين يقسم على قيمة الرهن يوم القبض، وعلى النماء يوم الفكاك.

قوله: وَإِذَا وَلَدَتِ المَرْهُونَةُ وَلَدًا - أي: رهنت أمة بألف وقيمتها ألف، وولدت ولدًا يساوي ألفًا - ثُمَّ إِنَّ الرَّاهِنَ زَادَ - المرتهن - مَعَ الوَلَدِ عَبْدًا، يساوي ألفًا فذلك جائز، وهو رهن مع الولد خاصة، كذا في «الإيضاح».

قوله: زَادَ مَعَ الوَلَدِ، بأن قال: زدتك هذا العبد مع الولد.

لِأَنَّهُ جَعَلَهُ زِيَادَةً مَعَ الوَلَدِ دُونَ الأُمِّ (وَلَوْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مَعَ الأُمِّ يُقَسَّمُ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَةِ الأُمِّ يَوْمَ العَقْدِ وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَوْمَ القَبْضِ، فَمَا أَصَابَ الأُمَّ قُسِّمَ عَلَيْهَا وَعَلَى وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ دَخَلَتْ عَلَى الأُمِّ.

قَالَ: (فَإِنْ رَهَنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ ثُمَّ أَعْطَاهُ عَبْدًا آخَرَ قِيمَتُهُ أَلْفٌ رَهْنًا مَكَانَ الأَوَّلِ، فَالأَوَّلُ رَهْنٌ حَتَّى يَرُدَّهُ إِلَى الرَّاهِنِ، وَالمُرْتَهِنُ فِي الآخَرِ أَمِينٌ حَتَّى يَجْعَلَهُ مَكَانَ الأَوَّلِ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ إِنَّمَا دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالقَبْضِ وَالدَّيْنِ وَهُمَا بَاقِيَانِ فَلَا يَخْرُجُ عَنِ الضَّمَانِ إِلَّا بِنَقْضِ القَبْضِ مَا دَامَ الدَّيْنُ بَاقِيًا، وَإِذَا بَقِيَ الأَوَّلُ فِي ضَمَانِهِ لَا يَدْخُلُ الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ؛ لِأَنَّهُمَا رَضِيَا بِدُخُولِ أَحَدِهِمَا فِيهِ لَا بِدُخُولِهِمَا فَإِذَا رُدَّ

قوله: لِأَنَّهُ جَعَلَهُ زِيَادَةً مَعَ الوَلَدِ دُونَ الأُمِّ، فيثبت على هذا الوجه فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك، وإلى قيمة الأم يوم العقد، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت؛ لأنها دخلت في ضمانه بالقبض، فإن ماتَ الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة؛ لأن الولد إذا هلك خرج من العقد فصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مَعَ الأُمِّ، بأن قال: زدتك هذا العبد مع الأم.

قوله: لِأَنَّ الزِّيَادَةَ دَخَلَتْ عَلَى الأُمِّ، فالزيادة إذا دخلت على الأم صارت كأنها كانت في أصل العقد، فيكون الولد داخلًا في حصة الأم خاصة، فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولدُ والزيادة بما فيهما؛ لأن هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان، بل يتناهي الضمان ويتقرر، فلا يبطل الحكم في الزيادة، بخلاف الزيادة في الولد، ولو ماتَ الولد بعد الزيادة ذهبَ بغير شيءٍ وكان العقد في الأم ولا ولد معها، كذا في «الإيضاح».

قوله: فَلَا يَخْرُجُ عَنِ الضَّمَانِ إِلَّا بِنَقْضِ القَبْضِ، وهذا احتراز عن الإبراء على ما يجيء، فإن بالإبراء يرتفع الضمان، وإن لم ينقض القبض بالرد إلى الراهن حتى لو هلك

الأَوَّلُ دَخَلَ الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ تَجْدِيدُ القَبْضِ؛ لِأَنَّ يَدَ المُرْتَهِنِ عَلَى الثَّانِي يَدُ أَمَانَةٍ وَيَدُ الرَّهْنِ بَعْدَ اسْتِيفَاءٍ وَضَمَانٍ فَلَا يَنُوبُ عَنْهُ، كَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ جِيَادٌ فَاسْتَوْفَى زُيُوفًا ظَنَّهَا جِيَادًا ثُمَّ عَلِمَ بِالزِّيَافَةِ وَطَالَبَهُ بِالجِيَادِ وَأَخَذَهَا فَإِنَّ الجِيَادَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ مَا لَمْ يَرُدَّ الزُّيُوفَ وَيُجَدِّدَ القَبْضَ وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ وَقَبْضُ الأَمَانَةِ يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الهِبَةِ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ عَيْنُهُ أَمَانَةٌ، وَالقَبْضُ يَرِدُ عَلَى العَيْنِ فَيَنُوبُ قَبْضُ الأَمَانَةِ عَنْ قَبْضِ العَيْنِ.

(وَلَوْ أَبْرَأَ المُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ عَنِ الدَّيْنِ أَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ يَهْلَكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ اسْتِحْسَانًا) خِلَافًا لِزُفَرَ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ أَوْ بِجِهَتِهِ عِنْدَ

يهلك بغير شيء.

قوله: لِأَنَّ الرَّهْنَ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أي: في صدر كتاب الرهن في تعليل أن تمام الرهن بالقبض.

قوله: لِأَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ أَوْ بِجِهَتِهِ، هذا تعليل جواب الاستحسان بأن الرهن يهلك بغير شيء استحسانًا، بيان هذا هو أن ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعًا؛ لأنه ضمان استيفاء فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار بقاء الدين، وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين: وهو الدين، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما، ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذلك إذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض، ولمَّا لم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهة الدين لم يبق الضمان.

فإن قلتَ: لو تعلق زفر بمعنى فقهي ومسائل وقال: إن الرهن صار مضمونًا على المرتهن بالقبض بسبب العقد؛ وإنما قلنا ذلك لأن القبض حصل بإذن المالك، والقبض متى حصل بإذن المالك لا يصير المقبوض مضمونًا على القابض بالقبض، بل بالعقد فصح قولنا:

تَوَهُّمِ الوُجُودِ كَمَا فِي الدَّيْنِ المَوْعُودِ،

أن الرهن صار مضمونًا على المرتهن بسبب العقد، فيبقى هذا الضمان ما بقي القبض.

والدليل على هذا ما قالوا في البيع الفاسد: إذا قضي القاضي بالرد فإنه يبقى المبيع مضمونًا على المشتري ما بقي، وكذلك إذا اشترى شيئًا على أن البائع بالخيار وقبض المشتري ففسخ البائع البيع بحكم الخيار يبقى العقد مضمونًا على المشتري بالقيمة لبقاء القبض، وإن كان الخيار للمشتري وقد فسخ البيع بحكم الخيار يبقى مضمونًا على المشتري بالثمن لبقاء القبض، وكذلك إذا رهن شيئًا بدين ظنَّاه ثم تصادقا على أن لا دين بقي الرهن مضمونًا، وإن لم يكن على الراهن دين لبقاء القبض، فكذلك هاهُنا.

وقولنا: مضمون بالقبض بالعقد، احتراز عن الغصب، فإن المغصوب منه إذا أبرأ الغاصب عن الضمان والمغصوب قائم في يد الغاصب ينقلب الغصب أمانة في يده، وإن بقي القبض الموجب للضمان؛ لأن ضمان الغصب ضمان قبض لا ضمان عقد.

وأوضح من هذا كله أن بقبض الرهن تثبت يد الاستيفاء للمرتهن، ويتمُّ ذلك بهلاك الرهن، فصيرورته مستوفيًا بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقةً بعد الإبراء فيلزمه رد المستوفى.

غاية ما في الباب أنه صار مستوفيًا من وقت القبض حتى تعتبر قيمته من ذلك الوقت، فيكون مبرئًا بعد الاستيفاء فلم يصح الإبراء، فلا يجب على المرتهن رد قيمة الرهن؛ لأنه قبض حقه كما لو لم يوجد الإبراء أصلًا؛ لأنا نقول الإبراء بعد الاستيفاء صحيح موجب لرد المستوفي، كالبائع إذا قبض الثمن، ثم إبراء المشتري عن الثمن حيث يصح الإبراء ويجب رد الثمن، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن المعنى فهو ما ذكرنا من تفسير تعليل الكتاب، وهو أن القبض بالعقد إنما يوجب الضمان في الرهن إذا بقي الدين مع القبض؛ لأن ضمان الرهن حكم ثابت بعلة ذات وصفين، وإذا انعدم أحدهما لم يبق الضمان، وهاهُنا لم يبق الدين فلم يبق الضمان وإن بقي القبض.

وَلَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ بِالإِبْرَاءِ أَوِ الهِبَةِ وَلا جِهَتِهِ لِسُقُوطِهِ، إِلَّا إِذَا أَحْدَثَ مَنْعًا؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِهِ غَاصِبًا إِذَا لَمْ تَبْقَ لَهُ وِلَايَةُ المَنْعِ.

(وَكَذَا إِذَا ارْتَهَنَتِ المَرْأَةُ رَهْنًا بِالصَّدَاقِ فَأَبْرَأَتْهُ أَوْ وَهَبَتْهُ أَوِ ارْتَدَّتْ وَالعِيَاذُ بِاللهِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوِ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَى صَدَاقِهَا ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِهَا يَهْلَكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ فِي هَذَا كُلِّهِ وَلَمْ تَضْمَنْ شَيْئًا لِسُقُوطِ الدَّيْنِ كَمَا فِي الإِبْرَاءِ، وَلَوِ اسْتَوْفَى المُرْتَهِنُ

وأمَّا الجواب عن مسائل البيوع فهو أن المبيع مضمون على المشتري بعد الفسخ بالثمن، كما كان مضمونًا على البائع المبيعُ بالثمن، وضمان الثمن قائم على البائع ما بقي المشترى في يده فيبقى الضمان، فأمَّا هاهُنا ضمان الرهن ضمان دين وقد زال الدين من كل وجهٍ فلا يبقى الضمان.

وأمَّا الجواب عن الرهن بدين مظنون فهو أن الضمان ثمَّة ثبت باعتبار جهة الدين؛ لأن الرهن حصل بدين يتوهم وجوبه للحال، وبتصادقهما على أن لا دين لا يزول التوهم؛ لجواز أن يتصادقا على القيام، وإذا بقي التوهم بعد التصادق بقيت الجهة، فأمَّا بعد الهبة والإبراء سقط الدين أصلًا وزال توهم الوجوب فلا يبقى الرهن ولا الجهة.

وأمَّا الجواب عن القياس على الاستيفاء الحقيقي فمذكور في الكتاب على وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء، وهو أن بالاستيفاء لا يسقط الدين بل يتقرر، ولهذا جاز الإبراء عن الثمن بعد الاستيفاء، فإذا بقي الدين حكمًا بقي ضمان الرهن، وبِهلاك الرهن يصير مستوفيًا أيضًا، فتبيَّن أنه استوفى مرتين فيلزمه رد أحدهما، وأمَّا بالإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان مع انعدام أحد المعنيين، هذا كله مما أشار إليه في «المبسوطين».

قوله: وَلَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ بِالإِبْرَاءِ ... لِسُقُوطِهِ، قيَّد بالسقوط احترازًا عن عدم بقاء الدين بالاستيفاء؛ لأن هناك لا يسقط الدين بل ينتهي ويتقرر، إلا أنه لا يمكن المطالبة لأدائها إلى الدور، فلمَّا تقرر الدين في صورة الاستيفاء كان هلاك الرهن في صورة الاستيفاء بمنزلة هلاكه حال قيام الدين من كل وجه، ولو هلك حال قيام الدين كان يتم الاستيفاء بِهلاكه، ولو استوفى

الدَّيْنَ بِإِيفَاءِ الرَّاهِنِ أَوْ بِإِيفَاءِ مُتَطَوِّعٍ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ يَهْلَكُ بِالدَّيْنِ وَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ مَا اسْتَوْفَى إِلَى مَا اسْتَوْفَى مِنْهُ وَهُوَ مَنْ عَلَيْهِ أَوِ المُتَطَوِّعُ بِخِلَافِ الإِبْرَاءِ) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ بِالإِبْرَاءِ يَسْقُطُ الدَّيْنُ أَصْلًا كَمَا ذَكَرْنَا، وَبِالاسْتِيفَاءِ لا يَسْقُطُ لِقِيَامِ المُوجِبِ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الِاسْتِيفَاءُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعْقُبُ مُطَالَبَةَ مِثْلِهِ، فَأَمَّا هُوَ فِي نَفْسِهِ فَقَائِمٌ، فَإِذَا هَلَكَ يَتَقَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ الأَوَّلُ فَانْتَقَضَ الِاسْتِيفَاءُ الثَّانِي. (وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى بِالدَّيْنِ عَيْنًا أَوْ صَالَحَ عَنْهُ عَلَى عَيْنٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ (وَكَذَلِكَ إِذَا أَحَالَ الرَّاهِنُ المُرْتَهِنَ بِالدَّيْنِ عَلَى غَيْرِهِ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ بَطَلَتِ الحَوَالَةُ وَيَهْلَكُ

دينه من غير رهن ثمَّ استوفى بعد ذلك ثانيًا كان يجب عليه نقض الاستيفاء الثاني بالرد، فكذا لو استوفى دينه حقيقةً بعد هلاك الرهن، أو قبل هلاكه، ثم هلك بعد الاستيفاء يجب عليه نقض الاستيفاء الثاني بالرد.

قوله: فَإِذَا هَلَكَ - أي: الرهن - يَتَقَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ الأَوَّلُ - وهو الاستيفاء الحكمي - فَانْتَقَضَ الِاسْتِيفَاءُ الثَّانِي، وهو الاستيفاء الحقيقي، وإلا يتكرر الاستيفاء.

قوله: وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى بِالدَّيْنِ عَيْنًا، معطوف على قوله: وَلَوِ اسْتَوْفَى المُرْتَهِنُ الدَّيْنَ، إلى قوله: وَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ مَا اسْتَوْفَى، يعني: لو اشترى المرتهن بالدين من الراهن عينًا لم يبق الدين على الراهن بطريق المقاصة، فيجب على المرتهن رد الرهن إلى الراهن، ولو هلك الرهن في يده قبل أن يرده إلى الراهن يجب عليه رد قيمته.

وكذا قوله: أَوْ صَالَحَ عَنْهُ - أي: صالح المرتهن مع الراهن عن الدين - عَلَى عَيْنٍ، يجب عليه رد الرهن إن كان قائمـًا، وقيمته إن هلك بعد الصلح.

قوله: لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ، أي: لأن الصلح عن الدين على العين استيفاء للدين.

قوله: وَيَهْلَكُ بِالدَّيْنِ؛ لأن بالحوالة لا يسقط الدين، ولكن ذمة المحتال عليه تقوم

بِالدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَرَاءَةِ بِطَرِيقِ الأَدَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ بِهِ عَنْ مِلْكِ المُحِيلِ مِثْلَ مَا كَانَ لَهُ عَلَى المُحْتَالِ عَلَيْهِ، أَوْ مَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُحِيلِ عَلَى المُحْتَالِ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلِ (وَكَذَا لَوْ تَصَادَقَا عَلَى أَنْ لا دَيْنَ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ يَهْلَكُ بِالدَّيْنِ) لِتَوَهُّمِ وُجُوبِ الدَّيْنِ بِالتَّصَادُقِ عَلَى قِيَامِهِ فَتَكُونُ الجِهَةُ بَاقِيَةً بِخِلَافِ الإِبْرَاءِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

مقام ذمة المحيل، وهو يعرض أن تعود إلى ذمة المحيل إذا مات المحتال عليه مفلسًا، فلهذا بقي ضمان الرهن، كذا في «المبسوط».

قوله: أَوْ مَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، معطوف على قوله: مَا كَانَ لَهُ، أي: يزول بعقد الحوالة عَنْ مِلْكِ المُحِيلِ.

قوله: عَلَى المُحْتَالِ عَلَيْهِ، مثل الذي يرجع المحتال عليه على المحيل.

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلِ، أي: المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين عن المحيل.

قوله: وَكَذَا لَوْ تَصَادَقَا عَلَى أَنْ لا دَيْنَ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ يَهْلَكُ بِالدَّيْنِ، هذا الذي ذكره مخالف لرواية «المبسوط»؛ فإنه قال في «المبسوط»: وإذا تصادقا على أن لا دين فإنما يسلم هذا – أي: كون الرهن مضمونًا – فيما إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن، والدين كان واجبًا ظاهرًا حين هلك الرهن، ووجوب الدين ظاهرًا يكفي بضمان الرهن فصار مستوفيًا، فأمَّا إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فإن هناك تهلك أمانة؛ لأن بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين، والله تعالى أعلم.

وهذه المسائل كلها من قوله: وَلَوِ اسْتَوْفَى المُرْتَهِنُ الدَّيْنَ، إلى هذا يرد نقضًا لجواب الاستحسان من حيث الظاهر، فأجاب عنها بما ذكر في الكتاب، وقد بيَّناه، والله تعالى أعلم.

كِتَابُ الجِنَايَاتِ

كتاب الجنايات

أورد الجنايات عقيب الرهن؛ لأن كل واحدٍ منهما للوقاية والصيانة، فإن الرهن عقد وثيقة لصيانة الدين عن الهلاك، فكذلك حكم الجناية مشروع لصيانة النفس عن الغيلة والسفاك، ولقطع الضغائن المثيرة للحروب بين الأحزاب، على ما وقعت إليه الإشارة في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَـٰبِ﴾ [البقرة: ١٧٩]، غير أنه قدم الرهن الذي هو سبب وقاية المال على الجناية؛ لأن فيه طلب التناسب بأقصى النهاية؛ لما أن المال وسيلة لبقاء النفس في كل الأزمنة والمعاهد، والوسائل مقدمة على المقاصد.

ثم محاسن الجنايات هي المحاسن المذكورة في الغصوب والحدود بأبين العبارات، وذلك أن المقصود من شرع الزواجر قرع الطبائع العادية الموصوفة بالعتو، وظلف النفوس الأمارة بالسوء.

ومن محاسن الجنايات على الخصوص هو التسبب في إبقاء الحي حيًّا كما كان، ولا شك لأحد في حسن الحياة.

ثم في حكم الجناية وهو القصاص معنى الحياة شرعًا واستيفاءً:

أمَّا شرعًا: فإن من قصد قتل عدوه إذا تفكر في عاقبة أمره أنه إذا قتله قتل به انزجر عن قتله فكان حياةً لهما.

وأمَّا استيفاءً: فإن القاتل بغير حق يصير حربًا لأولياء القتيل خوفًا على نفسه منهم، فهو يقصد إفناءهم لإزالة الخوف عن نفسه، فالشرع مكنهم من قتله قصاصًا لدفع شرِّه

....

عن أنفسهم، وإحياءُ الحيِّ في دفع سبب الهلاك عنه، فكان في استيفاء القصاص الواحد حياةً لأولياء القتيل وإن كثروا.

ومن محاسنها أيضًا إيعاد الله تعالى بأقصى العقوبة في الدنيا والآخرة، ليكف الناس عن الإقدام في القتل، أمَّا في الدنيا فقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، فالإماتة بطريق الجزاء منتهى العقوبة في الدنيا.

وأمَّا في الآخرة فقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣].

ومن محاسنها أيضًا: معرفة عموم رحمة الله تعالى ورأفته في حق العباد، حيث جعل حرمة القتل أشد من حرمة إجراء كلمة الشرك على اللسان، حيث رخص إجراء كلمة الشرك في الإكراه الكامل، ولم يرخص قتل المؤمن بغير حق ومن في معناه، لا في الإكراه الكامل، ولا في وجه من الوجوه.

ثم اعلم أن الجناية لغةً: اسم لما يجنيه من شرٍّ، أي: يكتسبه، تسمية بالمصدر من جنى عليه شرًّا وهو عام، إلا أنه خص بما يحرم من الفعل، وأصله من: جنى الثمرَ، وهو أخذه من الشجر.

وفي «المبسوط»: الجناية اسم لفعل محرم شرعًا سواء حل بمال أو نفس، ولكن في لسان الفقهاء يراد بإطلاق اسم الجناية الفعل في النفوس والأطراف، فإنَّهم خصوا الفعل في المال باسم الغصب، وللعرف عبرة في الأسامي.

وفي «مبسوط شيخ الإسلام»: والجناية على الآدمي نوعان: على النفس، وعلى ما دون النفس، فالأول يسمى قتلًا، والثاني قطعًا وجرحًا، وما دونه نوعان: نوع يوجب القصاص وهو العمد، ونوع يوجب المال وهو الخطأ.

أمَّا نفس القتل لغةً ففعل يضاف إلى العباد بحيث تزول به الحياة؛ إذ بدون الفعل من العباد يسمَّى موتاً.

وأمَّا ركنه: فهذا بعينه، وهو فعل يضاف إلى العباد تزول به الحياة؛ لأن ركن الشيء

قَالَ: (القَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: عَمْدٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ، وَخَطأٌ، وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الخَطَأِ، وَالقَتْلُ بِسَبَبٍ) وَالمُرَادُ بَيَانُ قَتْلٍ تَتَعَلَّقُ بِهِ الأَحْكَامُ.

قَالَ: (فَالعَمْدُ مَا تَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلَاحٍ أَوْ مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلَاحِ كَالمُحَدَّدِ مِنَ الخَشَبِ

ما يقوم به، وهذا كذلك.

وأمَّا شرطه: فأن يكون محل هذا الحيوان حيوانًا؛ لأن القتل إنما يوجد بضرب من الفاعل، إلا أنه لا يكون قتلًا ما لم يكن المحل حيوانًا.

قوله: القَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ، فوجه الانحصار على هذه الخمسة هو أن القتل بذلك التفسير الذي ذكرنا إذا صدر من إنسانٍ لا يخلو: إمَّا أن حصل بسلاحٍ، أو بغير سلاحٍ، فإن حصل بسلاح فلا يخلو: إمَّا أن كان معه قصد القتل أو لا، فإن كان فهو القتل العمد، وإن لم يكن فهو الخطأ، وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو: إمَّا أن كان معه قصد التأديب والضرب أم لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فلا يخلو: إمَّا أن كان جاريًا مجرى الخطأ أم لا، فإن كان فهو هو، وإن لم يكن فهو القتل بالسبب، وبهذا الانحصار يعرف أيضًا تفسير كل واحد منها.

وذكر في «المبسوط»: أن هذا الذي ذكره من تقسيم القتل على الخمسة تقسيم الإمام أبي بكر الرازي رحمه الله، وأمَّا في الأصل: فقد قسمه أبو حنيفة رحمه الله على ثلاثة أقسام: عمد، وخطأ، وشبه عمد.

قوله: وَالمُرَادُ بَيَانُ قَتْلٍ تَتَعَلَّقُ بِهِ الأَحْكَامُ، وإنما قيَّد بهذا؛ لأن أنواع القتل من حيث أنه قتل من غير نظر إلى ضمان القتل وغير ضمانه، أكثر من خمسة، فإن القتل يكون رجمًا، وقتل الحربي، والقتل قصاصًا، والقتل صلبًا في حق قطاع الطريق، فعُلِم بهذا أن المراد بهذه الخمسة القتل الموجب للضمان والأحكام.

ثم المراد من الأحكام هنا هي: القصاص، والدية، والكفارة، وحرمان الإرث وغيرها.

قوله: أَوْ مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلَاحِ، أي: في تفريق الأجزاء.

وَلِيطَةِ القَصَبِ وَالمَرْوَةِ المُحَدَّدَةِ وَالنَّارِ)؛ لِأَنَّ العَمْدَ هُوَ القَصْدُ، وَلا يُوقَفُ عَلَيْهِ إِلَّا بِدَلِيلِهِ وَهُوَ اسْتِعْمَالُ الآلَةِ القَاتِلَةِ فَكَانَ مُتَعَمِّدًا فِيهِ عِنْدَ ذَلِكَ (وَمُوجِبُ ذَلِكَ المَأْثَمُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣] الآيَةَ، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ السُّنَّةِ، وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ إِجْمَاعُ الأُمَّةِ.

قوله: لِيطَةِ القَصَبِ، قشره، ولم يشترط في «المغني» الحدة إذا كانت الآلة من الحديد، فقال: العمد أن يتعمد الإنسان قتل ما لا يحل قتله بالحديد، سواء كان سلاحًا نحو السيف، والسكين، أو لم يكن سلاحًا نحو الإبرة، والإشفى، وسواء كان له حدة تبضع بضعًا، أو ليس له حدة، بل يرض رضا كالعمود، وصِنْجَة الميزان، وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن، فهذا يتبيَّن لك أن العبرة في هذا الباب للحديد، هذا كله على رواية «الأصل».

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه إذا قتله بصنجة حديد، أو عمود لا حدة له فهو ليس بعمدٍ محضٍ حتى لا يجبُ القصاص، بل هو خطأ عمدٍ، وعلى قولهما إن كان الغالب منه الهلاك فهو عمد محض فيوجب القصاص، وإن لم يكن الغالب منه الهلاك لا يكون عمدًا محضًا.

وما لم يكن من جنس الحديد إن عمِل عملَ الحديد في البضع وتفريق الأجزاء، فهو عمد محض ويجب القصاص فيه، وذلك نحو الإحراق بالنار، ألا ترى أنَّها تعمل عمل الحديد في الذكاة، حتى أنَّها إذا وضعت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة وسالَ بِها الدم حل، وإن انحسم ولم يسل الدم لا يحل.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص.

قوله: وَمُوجِبُ ذَلِكَ المَأْثَمُ، أي: وحكم العمد الإثم.

قوله: وَقَدْ نَطَقَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ السُّنَّةِ، منها: ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال: «ألا إن أعتى الناس ثلاثة: رجل قتل غير قاتل أبيه، ورجل قتل فدخلَ الجاهلية،

قَالَ: (وَالقَوَدُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فِي القَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] إِلَّا أَنَّهُ تَقَيَّدَ بِوَصْفِ العَمْدِيَّةِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «العَمْدُ قَوَدٌ» أَيْ مُوجِبُهُ؛ وَلِأَنَّ الجِنَايَةَ بِهَا تَتَكَامَلُ وَحِكْمَةُ الزَّجْرِ عَلَيْهَا تَتَوَفَّرُ، وَالعُقُوبَةُ المُتَنَاهِيَةُ

ورجل قتل في الحرم».

ومنها: ما قال في خطبته بعرفات: «ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا».

ومنها: ما رُوي: «أن مُحلِّم بن جثامة لمَّا قتل رجلًا يدخل في الجاهلية قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: اللَّهم لا ترحمه، فدفن بعد موته فلفظته الأرض، ثم دفن فلفظته الأرض، فقال صلَّى الله عليه وسلَّم: ألا إنَّها تقبل من هو أعظم منه جرمًا، ولكن الله تعالى أراكم عظم حرمة القتل».

ومنها: ما رُوي عنه صلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال: «لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئٍ مسلم»، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «سباب المسلم فسق وقتاله كفر»، وهذا وإن كان تأويله قتاله لإسلامه، فظاهر يدل على عظم الجناية في قتل المسلم، ولهذا كان ابن عباس رضي الله عنهما لا يرى التوبة لقاتل العمد، وإن لم نأخذ بقوله، كذا في «المبسوط»، بعضها في الديات، وبعضها في الجنايات.

قوله: وَالقَوَدُ؛ - وهو القصاص، معطوف على **قوله: المَأْثَمُ** - **لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فِي القَتْلَى﴾**، وهذه الآية وقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، ليس فيهما ذكر العمد في إيجاب القصاص، ولو نظرنا إلى ظاهر الآية لوجب القول بالقصاص أينما وجد القتل بأيِّ وجه وجد، لكن السنة المشهورة وهي قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «العمد قود» تدل على أن حكم القصاص مخصوص بالقتل العمد؛ لأن خبر الواحد لمَّا صلح مبينًا لمجمل الكتاب كما في بيان قدر مسح الرأس، فأَوْلَى أن تصلح السنة المشهورة التي تلقتها الأمة بالقبول مبينة لما سكت عنه الكتاب.

ولأن في الكتاب أيضًا دلالةً على أن المرادَ من القصاص المذكور في القتل هو القتل

لا شَرْعَ لَهَا دُونَ ذَلِكَ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ الأَوْلِيَاءُ أَوْ يُصَالِحُوا)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ ثُمَّ هُوَ وَاجِبٌ عَيْنًا، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَخْذُ الدِّيَةِ إِلَّا بِرِضَا القَاتِلِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ، إِلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ العُدُولِ إِلَى المَالِ مِنْ غَيْرِ مَرْضَاةِ القَاتِلِ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ فَيَجُوزُ بِدُونِ رِضَاهُ، وَفِي قَوْلِ الوَاجِبِ أَحَدُهُمَا لا بِعَيْنِهِ وَيَتَعَيَّنُ بِاخْتِيَارِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ العَبْدِ شُرِعَ جَابِرًا،

العمد؛ لأنه أوجب الدية في القتل خطأً على ما قال الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، ولا يصلح أن يكون القتل العمد موجبًا ديةً وقصاصًا، فلا بد أن يحمل كل واحد منهما على حاله، فلمَّا اختص ما يوجب الدية بالقتل الخطأ في النصِّ القطعي كان ما يوجب القصاص ضد الخطأ لا محالة وهو العمد، وما سقط منه القصاص سقطَ لشبهة في العمدية وهو شبه العمد وغيره.

قوله: لا شَرْعَ لَهَا دُونَ ذَلِكَ، أي: دون العمدية.

قوله: ثُمَّ هُوَ، أي: القود.

قوله: وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ - أي: وجوب القصاص عينًا أحد قولي الشافعي رحمه الله - إِلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ العُدُولِ إِلَى المَالِ مِنْ غَيْرِ مَرْضَاةِ القَاتِلِ، هذا الاستثناء من قوله: وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ، لا عن قولنا، والدليل على هذا ما ذكره في «المبسوط» بقوله: وللشافعي قولان: في أحد القولين موجب العمد أحد الشيئين: إمَّا القصاص، أو الدية، ويتعين ذلك باختيار الولي، وفي القول الآخر موجبه القصاص، إلا أن للولي أن يختار أخذ الدية من غير رضاء القاتل، وقوله: إِلَّا أَنَّ لَهُ، أي: لولي القتيل.

قوله: لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ فَيَجُوزُ بِدُونِ رِضَاهُ؛ وهذا لأن القاتل في الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصًا يسفَهُ ويلقي نفسه في التهلكة، فيحجر ويمنع عنه شرعًا، كالمضطر إذا وجد طعامًا يشتريه ومعه ثمنه يفترض عليه شراؤه شرعًا لهذا المعنى، كذا هنا،

وَفِي كُلٍّ وَاحِدٍ نَوْعُ جَبْرٍ فَيَتَخَيَّرُ، وَلَنَا مَا تَلَوْنَا مِنَ الكِتَابِ وَرَوَيْنَا مِنَ السُّنَّةِ، وَلِأَنَّ المَالَ لا يَصْلُحُ مُوجِبًا لِعَدَمِ المُمَاثَلَةِ، وَالقِصَاصُ يَصْلُحُ لِلتَّمَاثُلِ، وَفِيهِ مَصْلَحَةُ الأَحْيَاءِ زَجْرًا وَجَبْرًا فَيَتَعَيَّنُ، وَفِي الخَطَإِ وُجُوبُ المَالِ ضَرُورَةَ صَوْنِ الدَّمِ عَنِ الإِهْدَارِ، وَلا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ قَصْدِ الوَلِيِّ بَعْدَ أَخْذِ المَالِ فَلَا يَتَعَيَّنُ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ،

إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا مَا تَلَوْنَا مِنَ الكِتَابِ، وهو قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾، وقد ذكرنا وجه التمسك به بأنه لمَّا ذكر في القتل الخطأ الدية تعين القصاص المذكور في قتل هو ضد الخطأ وهو العمد، ولمَّا تعين القصاص في جنس القتل العمد بِهذا الطريق لا يجوز العدول عنه إلى المال؛ لأن ذلك زيادة على النص.

وكذلك وجه التمسك بالسنة التي روينا وهي قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «العمد قود».

وقد ذكر في «المبسوط» وجه التمسك به وقال: العمد قود، فقد أدخل الألف واللام في العمد، وذلك للمعهود وإن لم يكن فللجنس، وليس هنا معهود فكان للجنس، وفيه تنصيص على أن جنس العمد موجب للقود، ومن جعل المال واجبًا بالعمد مع القود فقد زاد على النص، إلى هذا أشار ابن عباس رضي الله عنهما في قوله: «العمد قود لا مال فيه».

قوله: وَلِأَنَّ المَالَ لا يَصْلُحُ مُوجِبًا لِعَدَمِ المُمَاثَلَةِ؛ لأنه لا مماثلة بين الآدمي والمال صورة ولا معنى، والنفس مخلوقة لتحمل أمانة الله تعالى وهو الاشتغال بطاعته، وليكون خليفة في الأرض، والمال مخلوق لإقامة مصالح الآدمي به، وليكون متبذلًا له في حوائجه، وأمَّا القصاص فمثل، أمَّا من حيث الصورة فلأنه قتل بإزاء قتل، ومن حيث المعنى المقصودُ بالقتل ليس إلا الانتقام، والثاني في معنى الانتقام كالأول، ولهذا سُمِّي قصاصًا.

قوله: وَفِيهِ - أي: وفي القصاص - مَصْلَحَةُ الأَحْيَاءِ، قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، وقد ذكرنا وجه الإحياء فيه شرعًا واستيفاءً في ذكر المحاسن.

قوله: وَلا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ قَصْدِ الوَلِيِّ، أي: لقتل القاتل بعد ما أخذ الدية، يعني: يجوز أن

....

يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله، وهذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله: **لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ**.

فإن قلتَ: يجوز أخذ المال للوليّ بطريق الصلح بالاتفاق، وهذا الوهم باقي في صورة الصلح أيضًا.

قلتُ: لا كذلك؛ لأنَّهما لمَّا تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعًا؛ لأن للرضاء والتصالح تأثيرًا في دفع الشر، قال الله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨]، لمَّا ورد الخيرُ انتفى الشر لا محالة لتضادٌ بينهما.

فإن قلتَ: لو تمسك الخصم في هذا بحديث ورد على وفق ما ادَّعاه، ومعنى معقول، أمَّا الحديث فهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية»، فهذا تنصيص على أن كل واحدٍ منهما موجَبُ القتل.

ولأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام، وتشفي الصدر للولي، وهو ثابت بخلاف القياس؛ لأنه إتلاف، والإتلاف لا يكون واجبًا بمقابلة الإتلاف وهو ليس بمثل، ألا ترى أن الجماعة يقتلون بالواحد ولا مماثلة بين الواحد والعشرة، فعرفنا أنه مشروع لمعنى النظر للولي، وذلك في أن لا يسقط حقه في الواجب الأصلي، بل كان متمكنـًا من القصاص، وأخذ الدية إن شاء بغير رضاء الجانِي، كما لو قطع يد إنسان ويد القاطع شلَّاء أو ناقصة بإصبع، فإن القصاص واجب ولصاحب الحق أن يأخذ الأرش بغير رضاء الجانِي لهذا المعنى؛ ولأنه لا خلاف في أن أحد الشريكين في الدم إذا عفا أن للآخر أن يستوفي المال، ولو لم يكن المال واجبًا له بنفس القتل لما وجب بالعفو؛ لأن العفو مسقط، ولو وجب بالعفو لوجب على العافي وإن كان محسنـًا، كضمان الإعتاق يجب على المعتق إذا كان موسرًا، ولمَّا وجب المال للآخر عرفنا أنه كان واجبًا له بنفس القتل، ولمَّا ظهر ذلك عند العفو في حق من لم يعف وجبَ أن يظهر في حق العافي إذا عفا عن القصاص، ولم يكن ذلك إلا بالتمكن من أخذ المال بدون رضاء القاتل كما يأخذه غير العافي بدون رضاه، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن الحديث فقد اختلف الرواية فيه، وذكر في بعض الروايات: «إن

....

أحبوا قتلوا وإن أحبوا فأدوا»، والمفاداة على وزن المفاعلة فيقتضي وجوب الفعل بين اثنين بالتراضي، وذلك أخذ الدية بطريق الصلح، ولو صحَّ ما رواهُ الخصم وهو قوله: «وإن أحبوا أخذوا الدية» فتأويله من وجهين:

أحدهما: أنه محمول على رضا القاتل، وإنما لم يذكر رضا القاتل؛ لأن ذلك معلوم ببديهة العقل، فإن من أشرف على الهلاك إذا تمكن من دفع الهلاك عن نفسه بأداء المال لا يمتنع من ذلك إلا من سَفِهَتْ نفسه؛ لأن امتناعه لإبقاء منفعة المال لنفسه ولا يتصور ذلك بعد ما تلفت نفسه، وهو نظير قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «خذ سلمك أو رأس مالك»، وهو في أخذ رأس المال محتاج إلى رضا المسلم إليه ولم يذكره؛ لأنه غير محتاج إليه؛ لأنه معلوم بطريق الظاهر.

والثانِي: أن المراد أن لا يجبر الولي على أخذ الدية شاء أو أبى؛ لأن له أن يجبر غيره على أداء الدية بدليل قصة الحديث الذي ذكرت في «المبسوط»، حيث بين النبي صلَّى الله عليه وسلَّم تلك القصة أن حكم التخيير قد انفسخ، وأن الولي لا يجبر على أخذ الدية بعده.

وأمَّا الجواب عن المعنى فنقول: إنه أتلف شيئًا مضمونًا فيقدر ضمانه بالمثل ما أمكن، كإتلاف المال، وتفويت حقوق الله تعالى من الصلاة والصوم على ما نصَّ الله تعالى في المضمونات بالمماثلة بقوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقد بيَّنا أنه لا مماثلة بين الآدمي والمال من حيث الصورة ولا من حيث المعنى، بل بينهما مضادة بكونهما مالكًا ومملوكًا، ومبتذِلًا ومبتذَلًا، والقصاص الذي ينبئ عن المماثلة واجب بطريق الجبران، ولا يحصل له الحياة بالمال، وإنما جبران الحياة بحياة مثله وذلك في القصاص، فإن الله تعالى نصَّ على أن في القصاص حياة، فعلينا أن نعتقد هذا المعنى في القصاص عقلناه أو لم نعقل، ثم هو معقول من الوجه الذي قررنا أنه حياة بطريق دفع سبب الهلاك، فبعد ما أثبتنا المماثلة بين إتلاف وإتلاف في الآدميين بالنص والمعقول لم يحتج إلى إقامة نظير له في المضمونات المالية.

وأمَّا ما ذكره من أخذ الأرش بغير رضاء الجانِي فيما إذا كانت يد القاطع شلَّاء، فهو

وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - تَجِبُ؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى التَّكْفِيرِ فِي العَمْدِ أَمَسُّ مِنْهَا إِلَيْهِ فِي الخَطَإِ فَكَانَ أَدْعَى إِلَى إِيجَابِهَا، وَلَنَا أَنَّهُ كَبِيرَةٌ

أن المجنى عليه هناك عاجز عن استيفاء مثل حقه بصفته لمعنى في الجانِي، فلذلك يخير المجنى عليه إن شاء تجوز بدون حقه، وإن شاء مال إلى استيفاء الأرش، بمنزلة من أتلف على آخر كرّ حنطة جيدة ولم يجد عنده إلا كرًّا رديًّا فإنه يتخير بين أن يتجوز بدون حقه، وبين أن يطالبه بالقيمة لتعذر استيفاء المثل بصفته، وكلامنا فيمن كان قادرًا على استيفاء مثل حقه من القصاص فلا يكون له الخيار.

وأمَّا الجواب عن عفو أحد الشريكين فإنه إذا عفا أحد الشريكين يجب للآخر المال؛ لأنه تعذر عليه استيفاء القصاص بمعنى في القاتل، وهو أنه حيي بعض نفسه بعفو الشريك، وكان ذلك في معنى الخطأ فوجب المال للآخر ولا يجب للعافِي؛ لأنه إنما تعذر استيفاء القصاص للعافِي بإسقاطه من جهته لا بمعنى في القاتل، ثم إقدام العافِي على العفو يكون تعيينًا منه لحقه في القصاص؛ لأن العفو تصرف منه بإسقاط القصاص، وذلك لا يكون إلا بعد تعيين حقه فيه، ومعنى تعين حقه في القصاص لا يجب له المال.

وأمَّا وجوب الضمان على أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد المشترك؛ فلأنه أفسد نصيب شريكه الذي هو مال متقوم.

وأمَّا القصاص فليس بمال فضلًا عن التقوم فلا يجب الضمان على العافِي، خصوصًا على أصلنا لما عرف، وعن أصله أيضًا لم يجب الضمان على العافِي؛ لأن القصاص غير واجب عينًا في الابتداء على أصله حتى يكون العافِي مبطلًا حق الشريك في القصاص المتعين، فلم يجب الضمان عليه بالاتفاق، هذا كله مما أشار إليه في «المبسوط» وغيره.

قوله: وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ، أي: في القتل العمد، ويستوي بأن كان عمدًا يجب فيه القصاص أو لا يجب، كالأب إذا قتل ابنه عمدًا، والرجل إذا قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا عمدًا، والشافعي رحمه الله يوجب الكفارة باعتبار القتل، ولكن لا نقول: أن ما يلحقه من الإثم يرتفع بالكفارة، وكيف نقول ذلك والوعيد منصوص عليه، كذا في جنايات «المبسوط».

مَحْضَةٌ، وَفِي الكَفَّارَةِ مَعْنَى العِبَادَةِ فَلَا تُنَاطُ بِمِثْلِهَا؛ وَلِأَنَّ الكَفَّارَةَ مِنَ المَقَادِيرِ، وَتَعَيُّنُهَا فِي الشَّرْعِ لِدَفْعِ الأَدْنَى لَا يُعَيِّنُهَا لِدَفْعِ الأَعْلَى وَمِنْ حُكْمِهِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ

قوله: فَلَا تُنَاطُ بِمِثْلِهَا، أي: فلا تعلق الكفارة بمثل هذه الكبيرة المحضة، كالزنا، والسرقة، وتأثير الوصف أن الكفارة لمَّا كانت دائرة بين العبادة والعقوبة، فسببها يجبُ أن يكون دائرًا بين الحظر والإباحة، فكما أن المباح المحض - وهو القتل بحق كالقصاص - لا يصلح سببًا للكفارة، فكذلك المحظور المحض - وهو القتل العمد - لا يصلح أن يكون سببًا للكفارة، وإنما السبب القتل الخطأ لتنسب العقوبة إلى جانب الحظر، والعبادة إلى جانب الإباحة، وهو في القتل الخطأ وأمثاله؛ لأنه باعتبار أصل الفعل مباح لقوله تعالى: ﴿فَٱصۡطَادُواْۚ﴾ [المائدة: ٢]، وباعتبار ترك التثبت، أو بالنظر إلى محل الإصابة محظور، فلذلك صلح القتل الخطأ أن يكون سببًا للكفارة، وكذلك شبه العمد، فإن القصد به التأديب وهو مباح، والقتل بالحجر الكبير عند أبي حنيفة رحمه الله ليس بمحظور محض بالنظر إلى الآلة، فإنَّها ليست من آلة القتل فتمكن فيه الشبهة.

قوله: وَتَعَيُّنُهَا فِي الشَّرْعِ لِدَفْعِ الأَدْنَى، هذا جواب عن قياس الشافعي رحمه الله، حيث قاس وجوب الكفارة في العمد على وجوب الكفارة في الخطأ، أي: وتعين الكفارة في الشرع لدفع الأدنى، أي: لدفع الذنب الأدنى وهو في القتل الخطأ.

قوله: لا يُعَيِّنُهَا لِدَفْعِ الأَعْلَى، أي: لا يعين الكفارة لدفع الذنب الأعلى وهو في القتل العمد، فإنه كم من شيء يتحمل الأدنى لقدرته عليه، ولا يتحمل الأعلى لعجزه عن ذلك؛ وذلك لأنا لو قلنا بوجوب الكفارة في العمد بالاستدلال على وجوب الكفارة في الخطأ لكان لا يخلو: إمَّا أن نقول بالقياس، أو بدلالة النص، وكل ذلك لا يصح؛ لأن القياس لا يجري في الكفارات، ولا وجه للقول بدلالة النص؛ لأنه لا مماثلة بين القتل العمد والقتل الخطأ، وفي مثله في غير الكفارة لا يجري القياس فكيف تجري الدلالة التي تقتضي المماثلة من كل وجه أو الأولوية.

وذكر في ديات «المبسوط»: وقال الشافعي رحمه الله: المعنى في وجوب الكفارة

لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا مِيرَاثَ لِقَاتِلٍ».

بالقتل أنه نقض من عدد المسلمين أحدهم ممن كان يحضر الجمع والجماعات، فعليه إقامة نفس مقام ما أتلف، ولا يمكنه ذلك إحياء فعليه إقامة النفس مقام النفس المتلفة تحريرًا؛ لأن الحرية حياة والرق تلف، ولهذا أَوْجَب الكفارة على العامد، وقلنا نحن: إنما وجبَ عليه الكفارة؛ لأن الشرع سلم له نفسه حين أسقط عنه القود بعذر الخطأ مع تحقق إتلاف النفس منه، فعليه إقامة نفس مقام نفسه شكرًا لله تعالى، وذلك في أن يحرر نفسًا ليشتغل بعبادة الله تعالى.

ثم وجه ترجيح المعنى الذي ذكرنا على المعنى الذي ذكره الشافعي رحمه الله هو أنه لو قتل مستأمنًا أو ذميًا خطأ تلزمه الكفارة أيضًا، وما نقص بقتله من عدد المسلمين أحدهم عُلِم بهذا أن المعنى فيه هو أن الشرع لمَّا عذره في الخطأ وسلم له نفسه ولم يلزم عليه القصاص مع وجود القتل منه أَوْجَب عليه أن يقيم نفسًا مقامه شكرًا لله تعالى.

فإن قلتَ: فصفة العمدية في القتل غير مانعة لوجوب الكفارة كما في قتل المحرم الصيد عمدًا، ورُبَّما يطرد الشافعي رحمه الله هذا ويقول: هذه الكفارة كفارة قتل فيجب في عمده كما يجب في خطأه، قياسًا على المحرم إذا قتل صيدًا، وكذلك يتمسك بالكتاب والسنة أيضًا، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، والمراد بالخطأ هنا ما يضاد الصواب كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا ۝﴾ [الإسراء: ٣١]، أي: ضد الصواب، والعمد ضد الصواب فتتناوله الآية، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ﴾ [النساء: ٩٢] الآية، وإنما يقتل المرء عدوه عمدًا فعرفنا أن المراد إيجاب الكفارة بالقتل العمد.

وأمَّا السنة فهي حديث واثلة بن الأسقع: «قال: أتينا رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال: أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو عضوًا منه من النار»، فإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد.

قلتُ: أمَّا الجواب عن قتل الصيد فقلنا: إنه كفارة ارتكاب محظور الإحرام، لا كفارة

....

القتل، ألا ترى أنَّها تجب بإتلاف العضو والإشارة والأخذ بلا قتل، فلم يصح الجمع وكلامنا في كفارة القتل؛ ولأن قتل الصيد وأخذه عمدًا كان أو خطأ لا يخلو عن معنى الإباحة؛ لأن الصيد في نفسه بين مباح ومحظور، فإنه مباح بأصل الخلقة للناس أجمع، محظور بأمن ثبتَ له بالإحرام فيصلح سببًا، أمَّا قتل الآدمي في نفسه بأصل الخلقه محظور؛ لأن المحل لم يخلق مباح التناول فلم تثبت الإباحة إلا بعارض سبب من خطأ أو جناية يرتكبها.

فإن قيل: إذا قتل رجلًا عليه قصاص عمدًا فلا كفارة عليه، وقد صار مباحًا من وجه كالصيد للمحرم.

قلنا: لا إباحة بوجوب القصاص بل هو معصوم كما كان، إلا أن للولي قتله بحقه لا بإباحةٍ كما يستوفي الدين من ماله المعصوم بحقه لا بصيرورة المال مباحًا، كذا في «الأسرار».

وأمَّا الجواب عمَّا تمسك به من الآية فنقول: المراد بقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـًٔا﴾ [النساء: ٩٢]، الخطأ هو ضد القصد؛ لأنه عطف عليه العمد، ولا يعطف الشيء على نفسه؛ ولأن الله تعالى استثنى ذلك من الحظر، وضد الصواب لا يكون مستثنى من المحظور حتى يكون مباحًا بل هو المحظور بعينه، وإنما المستثنى ضد الصواب المطلوب بتحريه واجتهاده، بأن قصد صيدًا فأصاب مسلمًا حتى يكون مباحًا له فعله فلا يأثم وإن ضمن.

وأمَّا الجواب عن الحديث فنقول: المشهور من حديث واثلة بن الأسقع: «أتينا رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم بصاحب لنا قد استوجب النار» من غير ذكر القتل، فيحتمل أن ذلك بسبب آخر غير القتل، ولئن صح قوله بالقتل فهو محمول على القتل بالحجر والعصا الكبير، ثم مراد رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم التطوع بالإعتاق عنه، ألا ترى أنه خاطب به غير القاتل، والكفارة لا تجب على غير القاتل.

هذه أجوبة، وأمَّا الحجة لنا في ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَن يَقۡتُلۡ مُؤۡمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣]، فهذا يقتضي أن المذكور في الآية جميع جزائه، ولو أوجبنا عليه الكفارة كان المذكور بعض أجزائه فيكون نسخًا لذلك الحكم؛ لأن المعلق بالشرط

قَالَ: (وَشِبْهُ العَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَيْسَ بِسِلَاحٍ وَلَا مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلَاحِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ: إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَوْ بِخَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ فَهُوَ عَمْدٌ وَشِبْهُ العَمْدِ أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لا يُقْتَلُ بِهِ غَالِبًا؛ لِأَنَّهُ يَتَقَاصَرُ مَعْنَى العَمْدِيَّةِ بِاسْتِعْمَالِ آلَةٍ صَغِيرَةٍ لا يُقْتَلُ بِهَا غَالِبًا

يكون كل جزائه، وبالزيادة يصير بعضًا.

ولا وجه لحمل الآية على المستحل؛ لأن المذكور في الآية جزاء قتل العمد، وإذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة؛ ولأن زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخًا.

وأمَّا تأويل الخلود على معنى أنه لو عامله بعدله، أو على معنى تطويل المدة مجازًا، يقال: خلد فلان في السجن، إذا طالت المدة، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَشِبْهُ العَمْدِ، سُمِّي به، فإن في هذا الفعل معنيين: معنى العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب، ومعنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل، وبالنظر إلى الآلة التي استعملها هي آلة الضرب للتأديب دون القتل، والعاقل إنما يقصد إلى كل فعل بآلته، فكان ذلك خطأ يشبه العمد صورة من حيث أنه كان قاصدًا إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَشِبْهُ العَمْدِ أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لا يُقْتَلُ بِهِ غَالِبًا، هذا التفسير عندهما خاصة، وأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فشبه العمد أن يتعمد الضرب والتأديب دون الإتلاف، سواء كان الإتلاف منه غالبًا كمدقة القصارين، والحجر الكبير، والعصا الكبيرة، أو لم يكن الهلاك منه غالبًا كالعصا الصغيرة، فإذا قتله به فهو شبه عمد سواء كان والى في الضربات أو لم يوال، وعندهما إن تعمد الضرب بما كان الغالب منه الهلاك فهو عمد محض يجب القصاص، وإن تعمد الضرب بما لم يكن الهلاك منه غالبًا كالسوط الصغير، فإن لم يوال في الضربات فهو شبه العمد عندهما بلا خلاف، وإن والى في الضرب فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما، بعضهم قالوا: إنه عمد محض، وبعضهم قالوا: إنه شبه العمد.

لِمَا أَنَّهُ يَقْصِدُ بِهَا غَيْرَهُ كَالتَّأْدِيبِ وَنَحْوِهِ فَكَانَ شِبْهَ العَمْدِ، وَلا يَتَقَاصَرُ بِاسْتِعْمَالِ آلَةٍ لا تَلْبَثُ؛ لِأَنَّهُ لا يَقْصِدُ بِهِ إِلَّا القَتْلَ كَالسَّيْفِ فَكَانَ عَمْدًا مُوجِبًا لِلْقَوَدِ، وَلَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالعَصَا، وَفِيهِ

وكذلك لو ألقاه من جبل، أو سطح، أو غرقه في الماء فهو شبه عمد يوجب الدية عنده، خلافًا لهما، ولو خنق الرجل فماتَ فهو شبه عمد لا قصاص فيه، إلا أن يكون معروفًا بذلك فحينئذٍ يقتل؛ لأنه ساعٍ في الأرض بالفساد.

وإذا أدخل الرجل إنسانـًا في بيت حتى ماتَ جوعًا أو عطشًا لا يضمن شيئًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجب عليه الدية؛ لأن الجوع سبب محض مفض إلى الموت وهو قائم، إلا أنه يدفع ذلك عن نفسه بالأكل، فإذا منع الطعام عنه صار مسببـًا للتلف بمنزلة حفر البئر.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: التلف حصل عن معنى فيه وهو الجوع أو العطش، وإنما يدفع ذلك بالطعام والماء، فهذا منع ما يدفع به الهلاك عن نفسه، وهذا لا يعد تسببيًا إلى التلف، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

وذكر في «المبسوط»: فأمَّا العصا الصغير إذا والَى به في الضربات حتى ماتَ لم يلزمه القصاص عندنا، وعلى قول الشافعي رحمه الله يجب، وأصحابنا استدلوا بحديث النعمان بن بشير: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا» الحديث، والمعنى فيه أن القتل حصل بمجموع أفعال، لو حصل بكل واحد منها على الانفراد لا يتعلق به القصاص، فكذلك إذا حصل بمجموعها، كما لو جرح رجلًا جراحات خطأ، أو اشترك جماعة في قتل رجل خطأ.

وكان مالك رحمه الله يقول: لا أدري ما شبه العمد؟ وإنما القتل عمد وخطأ، وهذا فاسد؛ فإن شبه العمد ممَّا ورد الشرع به على ما رواه النعمان بن بشير رضي الله عنهما: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل أربعون فيها خلفة في بطونها أولادها»، والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على شبه العمد حين أوجبوا فيه الدية مغلظة مع اختلاف بينهم في صفة التغليظ، ذكره في «المبسوط».

مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ»؛ وَلِأَنَّ الآلَةَ غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِلْقَتْلِ وَلا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ؛ إِذْ لا يُمْكِنُ اسْتِعْمَالُهَا عَلَى غِرَّةٍ مِنَ المَقْصُودِ قَتْلُهُ، وَبِهِ يَحْصُلُ القَتْلُ غَالِبًا فَقُصِرَتِ العَمْدِيَّةُ نَظَرًا إِلَى الآلَةِ، فَكَانَ شِبْهُ العَمْدِ كَالقَتْلِ بِالسَّوْطِ وَالعَصَا الصَّغِيرَةِ.

ثم التمسك لأبي حنيفة رحمه الله بهذا الحديث بطريق الدلالة، وهو أنَّهم لمَّا اتفقوا على أن القتل بالسوط والعصا الصغيرة غير موجب للقصاص، باعتبار أن كل واحدٍ منهما غير مؤثر في الظاهر فكذلك العصا الكبيرة، أو أن السوط والعصا الصغيرة ليس بآلة موضوعة للقتل فكذا العصا الكبيرة؛ لأن الآلة الموضوعة للقتل هي السيف والآلات الجارحة، فلمَّا استوتا - أعني: العصا الصغيرة والكبيرة - من هذين الوجهين استوتا في حق الحكم، ثم اتفقوا على حكم العصا الصغيرة في أنَّها لا توجب القصاص، فكذا العصا الكبيرة والذي في معناها من الحجر العظيم والجذع الجسيم.

قوله: وَبِهِ يَحْصُلُ القَتْلُ، أي: وبالاستعمال على غرة من المقصود بالقتل يحصل القتل غالبًا، ولا يحصل ذلك إلا بآلة موضوعة للقتل كالسيف والسكين.

وفي «المبسوط»: ولأبي حنيفة رحمه الله ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال: «كل شيء خطأ إلا السيف، وفي كل خطأ الدية»، وفي حديث الحجاج بن أرطاة رضي الله عنه: «أن رجلًا قتل رجلًا على عهد رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم بالحجارة فقضى عليه بالدية»، والمعنى فيه أن هذه الآلة لا تجرح ولا تقطع، فالقتل بها لا يكون موجبًا للقصاص كالقتل بالعصا الصغيرة.

وتحقيقه من وجهين:

أحدهما: أن وجوب القصاص يختص بقتل هو عمد محض، وصفة التمحض أن يباشر القتل باليد في محله، وآلة القتل هي الآلة الجارحة؛ لأن الجرح يعمل في بعض البنية ظاهرًا وباطنًا، وما سواه ممَّا يدق بنقض البنية باطنًا لا ظاهرًا، وقوام البنية بالظاهر والباطن جميعًا، فالقتل الذي هو نقض البنية إذا كان ممَّا يعمل في الظاهر والباطن يكون قتلًا من كل وجه، وإذا كان ممَّا يعمل في الباطن دون الظاهر يكون قتلًا من وجه دون وجه، والثابت من وجه

قَالَ: (وَمُوجِبُ ذَلِكَ عَلَى القَوْلَيْنِ الإِثْمُ)؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ وَهُوَ قَاصِدٌ فِي الضَّرْبِ (وَالكَفَّارَةُ) لِشَبَهِهِ بِالخَطَأِ (وَالدِّيَةُ مُغَلَّظَةٌ عَلَى العَاقِلَةِ) وَالأَصْلُ أَنَّ كُلَّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِالقَتْلِ ابْتِدَاءً لا بِمَعْنًى يَحْدُثُ مِنْ بَعْدِ فَهِيَ عَلَى العَاقِلَةِ اعْتِبَارًا بِالخَطَأِ، وَتَجِبُ

دون وجه يكون قاصرًا في نفسه، فيصلح أن يجب به ما يثبت مع الشبهات، ولا يصلح أن يجب به ما يدرئ بالشبهات، فلذلك وجب به الدية دون القصاص.

والوجه الآخر أن آلة القتل الحديد، قال الله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥] والمراد القتل، وكذلك أسلحة خزائن الملوك تكون من الحديد، وأمَّا الخشب والأحجار تعد للأبنية، والحديد هو المستعمل في القتال، ألا ترى أن الحديد إذا حصل القتل به وجب القصاص صغيرًا كان أو كبيرًا، حتى لو غرز إبرة في مقتله يلزمه القصاص، وما سوى الحديد الصغير منه لا يوجب القصاص وإن تحقق به القتل، والفعل لا يتم إلا بآلته، فبقصور في الآلة تتمكن شبهة النقصان في القتل وذلك يمنع وجوب القصاص.

فعلى هذا الطريق نقول: القتل بمثقل الحديد يوجب القصاص، نحو ما إذا ضربه بعمود حديد، أو بصَنْجات الميزان؛ لأن الحديد في كونه آلة للقتل منصوص عليه وفي المنصوص عليه يعتبر عين النص، فأمَّا في غير المنصوص عليه الحكم يتعلق بالمعنى فيعتبر كونه محددًا نحو شقِّ العصا، والمروة، وليطة القصب، ونحو ذلك.

وعلى الطريق الأول نقول: لا يجب القصاص إلا بما هو محدود، الحديد وغيره فيه سواء لاشتراط الجرح فيه، وهو رواية الطحاوي.

قوله: لِشَبَهِهِ بِالخَطَأِ، أي: بالنظر إلى الآلة.

قال صاحب «الإيضاح» في «الإيضاح»: فوجدتُّ في كتب أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن الإثم كامل متناهٍ وتناهيه يمنع شرع الكفارة؛ لأن ذلك من باب التخفيف.

قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ كُلَّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِالقَتْلِ ابْتِدَاءً، وهذا احتراز عن القتل العمد الذي

فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَضِيَّةِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَتَجِبُ مُغَلَّظَةً، وَسَنُبَيِّنُ صِفَةَ التَّغْلِيظِ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (وَيَتَعَلَّقُ بِهِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ)؛ لِأَنَّهُ جَزَاءُ القَتْلِ، وَالشُّبْهَةُ تُؤَثِّرُ فِي سُقُوطِ القِصَاصِ دُونَ حِرْمَانِ المِيرَاثِ وَمَالِكٌ وَإِنْ أَنْكَرَ مَعْرِفَةَ شِبْهِ العَمْدِ فَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ.

قَالَ: (وَالخَطَأُ عَلَى نَوْعَيْنِ: خَطَأٌ فِي القَصْدِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيْدًا، فَإِذَا هُوَ آدَمِيٌّ، أَوْ يَظُنُّهُ حَرْبِيًّا فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ وَخَطَأٌ فِي الفِعْلِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ غَرَضًا فَيُصِيبَ آدَمِيًّا، وَمُوجَبُ ذَلِكَ الكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] الآيَةَ، وَهِيَ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي ثَلَاثِ

تصالحوا فيه على الدية، وعن قتل الوالد ولده عمدًا، وعن إقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدًا، فإن في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله لا على العاقلة؛ لأنه لم تجب الدية بنفس القتل ابتداءً، بل بمعنى آخر بعد وجوب القصاص عليه فلا تتحمله العاقلة.

قوله: فَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا»، على ما ذكرناه قبيل هذا من رواية «المبسوط».

وذكر في «المبسوط»: الخطأ: هو ما أصبتَ ممَّا كنتَ تعمدتَّ غيره.

قوله: وَالخَطَأُ عَلَى نَوْعَيْنِ، وإنما انحصر على هذين النوعين؛ لأن رميه السهم إلى شيءٍ معين بالقصد إليه مشتمل على فعلين: فعل القلب وهو القصد، وفعل الجارحة وهو الرمي، فلو اتصل الخطأ بالفعل الأول كان هو النوع الأول، ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني، فلمَّا انحصر فعل الرمي على هذين القتلين انحصر الخطأ المتصل بفعل الرمي أيضًا على هذين النوعين ضرورة.

قوله: فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لِمَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: وَتَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَضِيَّةِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

سِنِينَ، لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلا إِثْمَ فِيهِ) يَعْنِي فِي الوَجْهَيْنِ قَالُوا: المُرَادُ إِثْمُ القَتْلِ، فَأَمَّا فِي نَفْسِهِ فَلَا يَعْرَى عَنِ الإِثْمِ مِنْ حَيْثُ تَرْكِ العَزِيمَةِ وَالمُبَالَغَةُ فِي التَّثَبُّتِ فِي حَالِ الرَّمْيِ، إِذْ شَرْعُ الكَفَّارَةِ يُؤْذِنُ بِاعْتِبَارِ هَذَا المَعْنَى (وَيُحْرَمُ عَنِ المِيرَاثِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ إِثْمًا فَيَصِحُّ تَعْلِيقُ الحِرْمَانِ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَعَمَّدَ الضَّرْبَ مَوْضِعًا مِنْ جَسَدِهِ فَأَخْطَأَ فَأَصَابَ مَوْضِعًا آخَرَ فَمَاتَ حَيْثُ يَجِبُ القِصَاصُ؛ لِأَنَّ القَتْلَ قَدْ وُجِدَ بِالقَصْدِ إِلَى بَعْضِ بَدَنِهِ، وَجَمِيعُ البَدَنِ كَالمَحَلِّ الوَاحِدِ.

قَالَ: (وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الخَطَإِ مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى رَجُلٍ فَيَقْتُلُهُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الخَطَإِ فِي الشَّرْعِ، وَأَمَّا القَتْلُ بِسَبَبٍ كَحَافِرِ البِئْرِ وَوَاضِعِ الحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، وَمُوجِبُهُ إِذَا تَلِفَ فِيهِ آدَمِيٌّ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ)؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ التَّلَفِ وَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ فَأُنْزِلَ مَوْقِعًا دَافِعًا فَوَجَبَتِ الدِّيَةُ (وَلا كَفَّارَةَ فِيهِ وَلا يَتَعَلَّقُ بِهِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ)

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُلْحَقُ بِالخَطَإِ فِي أَحْكَامِهِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَنْزَلَهُ قَاتِلًا.

قوله: فَأَخْطَأَ فَأَصَابَ مَوْضِعًا آخَرَ، أي: موضعًا آخر من ذلك الرجل، حتى لو أصاب رجلًا آخر فقتله كان خطأً.

وذكر تفسير هذا في «الذخيرة» وقال: رجل تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصابَ عنق ذلك الرجل فأبان رأسه فقتله فهو عمد وفيه القود، ولو أراد يدَ هذا الرجل فأصابَ عنق غيره فهو خطأ.

قوله: وَأَمَّا القَتْلُ بِسَبَبٍ كَحَافِرِ البِئْرِ، وهذا ليس بعمد، ولا خطإ، ولا ما أجري مجرى الخطإ؛ لأنه ليس بمباشر للقتل؛ لأن مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد، وإنما اتصل فعله بالأرض فكان هو مسببًا متعديًا فتجب الدية على عاقلته صيانةً للنفس عن الهدر، كذا ذكره الإمام المحبوبي.

وَلَنَا أَنَّ القَتْلَ مَعْدُومٌ مِنْهُ حَقِيقَةً فَأَلحِقَ بِهِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ عَلَى الأَصْلِ، وَهُوَ إِنْ كَانَ يَأْثَمُ بِالحَفْرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لا يَأْثَمُ بِالمَوْتِ عَلَى مَا قَالُوا، وَهَذِهِ كَفَّارَةُ ذَنْبِ القَتْلِ وَكَذَا الحِرْمَانُ بِسَبَبِهِ (وَمَا يَكُونُ شِبْهَ عَمْدٍ فِي النَّفْسِ فَهُوَ عَمْدٌ فِيمَا سِوَاهَا)؛ لِأَنَّ إِتْلَافَ النَّفْسِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ، وَمَا دُونَهَا لا يَخْتَصُّ إِتْلَافُهُ بِآلَةٍ دُونَ آلَةٍ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

قوله: وَلَنَا أَنَّ القَتْلَ مَعْدُومٌ مِنْهُ، أي: من القاتل بالسبب حقيقةً؛ لأن التصرف في الجثة لم يوجد، إنما وجد التصرف في محل آخر، وإنما ألحق التسبب بالمباشرة على خلاف الأصل في إيجاب الضمان، فبقي في حق الكفارة وحرمان الميراث على الأصل، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَمَا يَكُونُ شِبْهَ الْعَمْدِ فِي النَّفْسِ فَهُوَ عَمْدٌ فِيمَا سِوَاهَا، أي: فيما دون النفس؛ وهذا لأن حد شبه العمد في النفس أن يتعمد الضاربُ الضربَ ولا يقصد الإتلاف إنما يقصد التأديب، وذلك إنما يتحقق في النفس؛ لأن إتلاف النفس لا يقصد بالسوط وإنما يقصد بالسلاح، فكان القتل بالسوط شبه عمد؛ لأنه من حيث أنه تعمد الضرب متعمد، ومن حيث أنه ما تعمد الإتلاف وإنما تعمد التأديب مخطئ فكان شبه عمدٍ، وهذا الحد لا يتأتى فيما دون النفس؛ لأن ما دون النفس كما يقصد بالإتلاف بالسلاح يقصد بالإتلاف بغير السلاح، فكان الضرب بالخشب وبالسوط فيما دون النفس عمدًا باعتبار الضرب والإتلاف جميعًا، فصار الخشب فيما دون النفس بمنزلة السلاح في النفس، فلهذا وقع الفرق بينهما، كذا في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

بَابُ مَا يُوْجِبُ القِصَاصَ وَمَا لا يُوْجِبُهُ

قَالَ: (القِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ إِذَا قَتَلَ عَمْدًا) أَمَّا العَمْدِيَّةُ

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لمَّا ذكر أنواع القتل بأنَّها خمسة، فبعض منها يوجب القصاص وهو القتل العمد بالسلاح، ثم مع وجود القتل بِهذه الصفة قد يتخلف في مواضع من إيجاب القصاص، ذكر في هذا الباب تفصيل ذلك.

يقال: حقنَ دمه، إذا منعه أن يسفك من حد دخل.

قوله: القِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ، وهو احتراز عن المستأمن.

فإن قلتَ: يشكل على هذا الحد ما لو قتل المسلم ابنه المسلم عمدًا، حيث لا يجب القصاص على الأب مع وجود هذا الحد؟

قلتُ: ذلك من العوارض فلا يدخل تحت القواعد، والكلام في الأصول لا في العوارض، ولأن القصاص هناك كان واجبًا في الأصل ثم انقلب مالًا لكون الأبوة شبهة في درء القصاص، ألا ترى أن الابن شهيد بِهذا القتل وإن وجبَ المال، وكذا كل قتل أوجب القصاص ثم انقلب مالًا بالصلح لا تبطل شهادته، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وذكر في «المبسوط» في موضع في الأب: لو قتل ابنه عمدًا كان الولد شهيدًا لا يغسل، وفي موضع آخر قال: وفي غسله روايتان: في إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله يغسل؛ لأن القتل موجب للمال، وفي الرواية الأخرى لا يغسل؛ لأن امتناع وجوب القصاص لانعدام الأهلية ضمن له، وذلك لا يتعدى إلى حكم الغسل.

فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا حَقْنُ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ فَلِتَنْتَفِيَ شُبْهَةُ الإِبَاحَةِ وَتَتَحَقَّقَ الْمُسَاوَاةُ.

قَالَ: (وَيُقْتَلُ الحُرُّ بِالحُرِّ وَالحُرُّ بِالعَبْدِ) لِلْعُمُومَاتِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يُقْتَلُ الحُرُّ بِالعَبْدِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿الحُرُّ بِالحُرِّ وَالعَبْدُ بِالعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨] وَمِنْ ضَرُورَةِ هَذِهِ الْمُقَابَلَةِ أَنْ لا يُقْتَلَ حُرٌّ بِعَبْدٍ؛ وَلِأَنَّ مَبْنَى القِصَاصِ عَلَى الْمُسَاوَاةِ وَهِيَ مُنْتَفِيَةٌ بَيْنَ المَالِكِ وَالمَمْلُوكِ وَلِهَذَا لا يُقْطَعُ طَرَفُ الحُرِّ بِطَرَفِهِ، بِخِلَافِ العَبْدِ بِالعَبْدِ؛ لِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ، وَبِخِلَافِ العَبْدِ حَيْثُ يُقْتَلُ بِالحُرِّ؛ لِأَنَّهُ تَفَاوُتٌ

وذكر فيه في تعليل قتل الرمي بعد ما ذكر هذا التعليل أعني قوله: القِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ، وقال: ولا يدخل عليه الأب إذا قتل ابنه؛ لأن امتناع وجوب القود عليه عندنا ليس لقيام الشبهة في دم الابن، بل لأن فضيلة الأبوة تخرج الولد من أن يكون مستوجبًا القود على والده، كما يمنعه من قتله شرعًا وإن كان الأب مباح الدم، بأن كان مرتدًّا، أو حربيًّا، أو زانيًا وهو محصن.

قوله: وَتَتَحَقَّقَ الْمُسَاوَاةُ، أي: ولتتحقق المساواة بين الذي يقتل قصاصًا وبين الذي قتل أولًا، يعني: يجب أن يكون الذي قُتِل أولًا محقون الدم على التأبيد، حتى يقتل بمقابلته القاتلُ الذي هو محقون الدم على التأبيد لتحقق المساواة بينهما.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا قتل المستأمن المسلم، فإنه يقتل المستأمن قصاصًا مع أنه لا مساواة بينهما، فإن المستأمن غير محقون على التأبيد.

قلتُ: هذا تفاوت إلى نقصان، فكان وجوب القصاص فيه بالطريق الأولى، كما إذا قتل العبد الحر حيث يقتص العبد بالاتفاق لهذا، مع أن الشافعي رحمه الله لا يرى جريان القصاص بين الحرِّ والعبد، يعني: لو قتل الحر العبد لا على العكس فإنه يقتل العبد بالاتفاق.

قوله: لِأَنَّهُ تَفَاوُتٌ إِلَى نُقْصَانٍ، فكذا هنا؛ لأنه تفاوت إلى نقصان، والناقص يجوز أن يستوفي بالكامل دون عكسه كما في الطرف.

إِلَى نُقْصَانٍ، وَلَنَا أَنَّ القِصَاصَ يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي العِصْمَةِ وَهِيَ بِالدِّينِ وَبِالدَّارِ وَيَسْتَوِيَانِ فِيهِمَا، وَجَرَيَانُ القِصَاصِ بَيْنَ العَبْدَيْنِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ شُبْهَةِ الإِبَاحَةِ،

قوله: وَهِيَ - أي: العصمة - بِالدِّينِ - أي: عنده - وَبِالدَّارِ، أي: عندنا.

ولا يشكل على هذا المقضى عليه بالرجم حيث يثبت له الدار والدين ولم تثبت العصمة؛ لأنا نقول: يباح قتله لا لنقصان إحرازه، بل جزاءً على جريمته.

قوله: وَجَرَيَانُ القِصَاصِ بَيْنَ العَبْدَيْنِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ شُبْهَةِ الإِبَاحَةِ، هذا جواب عن تعليل الشافعي رحمه الله في غير هذا الموضع، بأنه يمكن في هذا الفعل شبهة الإباحة؛ لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع القصاص بين المسلم والكافر عند الشافعي رحمه الله، أو يمنع القصاص بين المسلم والكافر المستأمن بالإجماع فكذا أثر الكفر، فأجاب عنه وقال: بأن كونه عبدًا غير مورث شبهة إباحة القتل باعتبار أن الرق أثر الكفر؛ إذ لو أورثت الرقية شبهة إباحة القتل لما جرى القصاص بين العبدين، كما لا يجري القصاص بين المستأمنين على جواب الاستحسان لإيراث كفرهما شبهة إباحة القتل.

وفي «المبسوط» وغيره: وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، فهذا يقتضي وجوب القصاص بسبب كل قتل إلا ما قام الدليل، فأمَّا قوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ [البقرة: ١٧٨]، فهو ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقي، ألا ترى أنه كما قابل العبد بالعبد كذلك قابل الأنثى بالأنثى، ثم لا تمنع تلك المقابلة أن يقتل الذكر بالأنثى فكذلك هذه المقابلة، وفي مقابلة الأنثى بالأنثى دليل على وجوب القصاص على الحرة بقتل الأمة.

ثم فائدة التخصيص سبب نزول هذه الآية، وهو ما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت إحداهما تدَّعي الفضل لنفسها على الأخرى فقالت: لا نرضى إلا بأن يقتل الذكر منهم بالأنثى منَّا والحر منهم بالعبد منَّا، فأنزل الله تعالى هذه الآية ردًّا عليهم وزجرًا لهم عمَّا أرادوا من قتل غير القاتل بالمقتول».

فإن قلتَ: لو أراد الخصم فيما تمسَّك في الكتاب بقوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ

وَالنَّصُّ تَخْصِيصٌ بِالذِّكْرِ فَلَا يَنْفِي مَا عَدَاهُ.

بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨] وقال: هذا تفصيل لما ذكر من المطلق في صدر الآية وهو قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾، فاقتصر الأمر عليه كقولك: في الكيس مال دراهم ودنانير، فإنه نص أن لا مال فيه سواهما.

وعن علي رضي الله عنه: «من السنة أن لا يقتل الحر بالعبد»، والمعنى فيه أن هذا أحد نوعي القصاص فلا يجب على الحر بسبب المملوك كالقصاص في الأطراف بل أَوْلَى؛ لأن حرمة الطرف دون حرمة النفس فالأطراف تابعة للنفس، فإذا كان طرف الحر لا يقطع بطرف العبد مع خفة حرمة الطرف فلأَن لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس كان أَوْلَى.

ولأن القصاص ينبى على المساواة ولا مساواة بين الأحرار والعبيد، فإن العبد مملوك مالًا والحر مالك، والمالكية في نِهاية العز والمملوكية في نِهاية الذل، فأَنَّى يتساويان؟ ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن الآية فإن صدر الآية حجتنا في العمل بالعموم المتناول للحر والعبد، وأمَّا التفصيل لَحِقَ بآخر الآية فلا يغير حكم أولها، وقولهم: إنه تفسير، فلا كذلك بل ورد لردِّ ما زعموا على ما ذكرنا في سبب نزول الآية، والدليل على ذلك أن الذكر يقتل بالأنثى، ولو كان تفصيلًا لما قبله لما جاز قتل الذكر بالأنثى.

وما رُوي من قول علي رضي الله عنه: «السنة هو ...» لا يدل على سنة الرسول صلَّى الله عليه وسلَّم، فإن القياس من السنة، على أن محمدًا روي عنه بخلافه وهو الصحيح؛ ولأن هذا الحديث محمول على السيد إذا قتل عبده فقد كانوا مختلفين في ذلك، فمنهم من يوجب القصاص.

وأمَّا الجواب عن الأطراف فنقول: ليست النفوس قياس الأطراف؛ لأن وجوب القصاص هناك يعتمد المساواة في الجزء المبان فلهذا لا تقطع الصحيحة بالشلَّاء، والرق ثابت في أجزاء الجسم فتنعدم بسببه المساواة بينهما، ولا كذلك في النفوس، فإن الصحيح يقتصُّ بالزمن فأظهرنا أثر الرق في الأطراف دون النفوس؛ لما أن العبد من حيث النفوس

قَالَ: (وَالمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، لَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ»؛ وَلِأَنَّهُ لا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا وَقْتَ الجِنَايَةِ، وَكَذَا الكُفْرُ مُبِيحٌ فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ، وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَتَلَ مُسْلِمًا بِذِمِّيٍّ»؛ وَلِأَنَّ

آدمي مكلف، خلق معصومًا من القتل كرامة من الله تعالى على ما لزمه من حمل الأمانة ليبقى بتلك العصمة، فيحملها أو يؤديها، وهذا هو الجوابُ عن قوله: ولا مساواة بين الأحرار والعبيد؛ لما أن وجوب القصاص يقتضي المساواة في العصمة، والعصمة إنما تكون بالإحراز، والإحراز إنما يكون بالدار وبالدين، وفي ذلك المعنى الحر والمملوك سواء، هذا كله مما أشار إليه في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَالمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ، أي: يقتل المسلم بقتل الذمي، والخلاف فيما إذا كان قاتل الكافر حال القتل مسلمًا، أمَّا الذمي إذا قتل ذميًّا ثم أسلم القاتل فإنه يقتص به بالإجماع، كذا في «المبسوط» وغيره.

قوله: وَلِأَنَّهُ لا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا وَقْتَ الجِنَايَةِ، قيد بوقت الجناية احترازًا عن تلك المسألة، فإنه إذا كان عدم المساواة بعد الجناية فإنه يقتل به قصاصًا على ما ذكرنا آنفًا إذا قتل ذمي ذميًّا ثم أسلم القاتل.

قوله: وَكَذَا الكُفْرُ مُبِيحٌ، أي: مبيح قتله لقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣]، يعني: فتنة الكفر، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «أمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله»، وهذا الكفر قائم بعد عقد الذمة، إلا أنه غير عامل في إباحة الدم بعقد الذمة فبقي باعتباره شبهة تنتفي بها المساواة بينه وبين المسلم.

قوله: وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَتَلَ مُسْلِمًا بِذِمِّيٍّ»، ثم قال: «أنا أحق من وفى بذمته»، فالفعل نص والتعليل دليل على أن لا فرق بين أن يكون القاتل مسلمًا أو ذميًّا ثم أسلم؛ لأنه صلَّى الله عليه وسلَّم أخبر أن الوجوب لذمة المقتول، فكان فيه تنصيص على وجوب القود على المسلم بقتل الذمي واستيفاء القود منه.

الْمُسَاوَاةَ فِي الْعِصْمَةِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إِلَى التَّكْلِيفِ وَالدَّارِ وَالْمُبِيحُ كُفْرُ الْمُحَارِبِ دُونَ الْمُسَالِمِ، وَالْقَتْلُ بِمِثْلِهِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ الشُّبْهَةِ، وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَى الْحَرْبِيَّ

قوله: وَالْقَتْلُ بِمِثْلِهِ، أي: قتل الذمي بالذمي دليل على أن كفر الذمي غير مورث شبهة إباحة القتل؛ إذ لو أورث شبهة لما جرى القصاص بين الذميين كما لا يجري بين الحربيين، وكذا لا يجري بين المستأمنين على جواب الاستحسان، عُلِم بِهذا أن شبهة إباحة القتل في قتل الذمي منتفية، ولمَّا انتفت شبهة الإباحة في قتله صار هو والمسلم سواءً، ولو قتل مسلمًا يجب القصاص فكذا لو قتل ذميًّا؛ لأن شبهة الإباحة منتفية فيهما جميعًا.

قوله: وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَى، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ»، أي: بكافر حربي.

فإن قيل: كيف يشكل الأمر في الحرب الذي لا أمان له وقتله فرض؟ قلنا: المسلم إذا دخل دارهم بأمان فقتل كافرًا حربيًّا لا يقتل به وإنه حرام قتله، كذا في «الأسرار».

وذكر في «المبسوط»: وأمَّا قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ» فهو غير مجرى على ظاهره بالاتفاق؛ لأن القاتل إذا أسلم يقتل قصاصًا بالإجماع، وفيه قتل مؤمن بكافرٍ، ثم المراد به الحربي، يعني: من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان، فإنه لا يقتل المؤمنون بهم بدليل قوله: «وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ»، أي: ولا يقتل ذو العهد بالكافر، وإنما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربي.

فإن قيل: هذا ابتداء، أي: لا يقتل ذو العهد في مدة عهده أبدًا.

قلنا: الواو حقيقة للعطف خصوصًا فيما لا يكون مستقلًّا بنفسه.

فإن قيل: فقد روي: «ولا بذي عهد»، فيفهم منه أن المؤمن لا يقتل بذي العهد، قلنا: إن تثبتت هذه الرواية فهو محمولة على المستأمن، وبه نقول أن المسلم لا يقتل بالمستأمن.

فإن قلتَ: لو احتج الخصوم بعموم قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِيٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِۚ﴾ [الحشر: ٢٠]، وبقوله: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًاۚ لَّا يَسْتَوُۥنَ ۞١٨﴾ [السجدة:

لِسِيَاقِهِ «وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ»،

١٨]، والقصاص ينبىء عن المساواة لغةً وشرعًا، وبعدما انتفت المساواة بينهما بالنصوص الظاهرة لا يجب القصاصُ، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾ [النساء: ١٤١] أي: لن يشرع لهم ذلك، فإنا نرى لهم علينا سبيل الغلبة من غير شرع، والقتل قصاصًا مشروع وإنه أعظم سبيل فلا يثبت لهم علينا؛ ولأن الكفر هو المبيح للقتل في أصله، وقولكم: المبيح هو كفر المحارب، ينتقض بالمرتد المقهور، والأسير المقهور في أيدينا، فإنَّهما يقتلان لقيام الكفر وليس لهما قدرة المحاربة، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا العمومات فنعارضهم بعمومات تشهد لنا مثل قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وبقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، وبفعل النبي صلَّى الله عليه وسلَّم «أنه قتل مسلمًا بذمي».

ثم الجوابُ عن الآية الأولى فنقول: إن مثل هذا اللفظ لا يجري على عمومه لقيام المساواة من وجوه كثيرة من الإنسانية، والتكليف، والذكورة، والأنوثة وغير ذلك، فلا بدَّ أن يراد من عدم المساواة المعنى الخاص الذي يدل عليه سوق الكلام حتى يفيدَ الكلام فائدته، والذي دلَّ عليه الكلام في تلك الآية هو عدم المساواة في الفوز والنجاة بدليل سياق الآية بقوله: ﴿أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ ﴿٢٠﴾﴾ [الحشر: ٢٠]، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾ [النساء: ١٤١]، المراد منه في حكم يوم القيامة بدليل سياق الآية وهو قوله تعالى: ﴿فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾.

وأمَّا الجواب عن المرتد والأسير فإنَّهما وإن كانا مقهورين، ولكن لهما صلاحية المحاربة فأقيمت صلاحية المحاربة مقام المحاربة، كما أقيم السفر الذي هو سبب المشقة مقام المشقة في إثبات الرخص وإن لم توجد المشقة في الحال، حتى أنه إذا لم يكن لهما صلاحية المحاربة كالنسوان والصبيان فلا يقتلان أيضًا، وأمَّا الذمي فصار منا دارًا وانقطع عنه داره بحيث لا يمكن من الرجوع إلى داره والتحق بالمرأة؛ لأن المرأة كما لا تصلح للقتال خلقةً فكذلك الواحد لا يصلح لقتال الجماعة خلقةً، والكفر إنما أقيم مقام العلة

وَالعَطْفُ لِلْمُغَايَرَةِ.

قَالَ: (وَلا يُقْتَلُ بِالمُسْتَأْمَنِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَكَذَلِكَ كُفْرُهُ بَاعِثٌ عَلَى الحِرَابِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ (وَلا يُقْتَلُ الذِّمِّيُّ بِالمُسْتَأْمَنِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَيُقْتَلُ المُسْتَأْمَنُ بِالمُسْتَأْمَنِ) قِيَاسًا لِلْمُسَاوَاةِ، وَلا يُقْتَلُ اسْتِحْسَانًا لِقِيَامِ المُبِيحِ

المبيحة للقتل بصلاح المحاربة للمسلمين حقيقةً أو حكمًا، وليس في الذمي ذلك فلم يقم كفره مقام العلة المبيحة للقتل، إلى هذا أشار في «الأسرار» وغيره.

قوله: وَالعَطْفُ لِلْمُغَايَرَةِ، فحينئذٍ يكون معناه: ولا يقتل ذو عهدٍ بكافر حربي.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: «وَلا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ».

وقوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن المستأمن - غَيْرُ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ، وذكر في «الأسرار»: وقال الشافعي: يقتل الذمي بالمستأمن، وتقطع يده بسرقة ماله، وكذلك يد المسلم للعمومات الموجبة للقصاص.

ولأنه والذمي سواء فضلًا وحقنًا؛ لأن كل واحدٍ منهما حقن دمه بالأمان دون الإسلام، إلا أنا نحتج بما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال: «لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده»[١]، يريد بذلك الكافر الذي لا يقتل المسلم به؛ لأن المعطوف عليه جملة تامة والمعطوف جملة ناقصة لا خبر فيها، فيكون الخبر في الجملة التامة خبرًا في الناقصة كقولك: سالم حر وبزيع، وجاء زيد وعمرو، ولا يجوز أن يجعل الخبر: ولا يقتل ذو عهد؛ لأن خبر الصدر نفي قتلٍ قصاصًا، لا مطلق القتل، فيكون خبر الثاني نفي قتل قصاصًا أيضًا، ولا يجوز أن يحمل على الكافر الحربي؛ لأن قتله واجب فلا يشكل هدرُ دمه، فثبتَ أن المراد الكافر

(١) في هامش نسخة (ف٢): قوله: «وَلا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ»، معناه: لا يقتل ذو عهدٍ بكافر، فعُلم أن المراد الكافر الحربي؛ لأنه لو كان المراد الذمي لما صحَّ الحديث بدليل جريان القصاص بين الذميين، والمراد من قوله: «وَلا ذُو عَهْدٍ»، أي: ذو أمانٍ - والله أعلم - لا ذو إيمان؛ لأنه عطف على المؤمن والعطف يقتضي المغايرة. (مبسوط)

(وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالمَرْأَةِ، وَالكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ، وَالصَّحِيحُ بِالأَعْمَى وَالزَّمِنُ وَبِنَاقِصِ الأَطْرَافِ وَبِالمَجْنُونِ) لِلْعُمُومَاتِ؛ وَلِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ التَّفَاوُتِ فِيمَا وَرَاءَ العِصْمَةِ امْتِنَاعَ القِصَاصِ وَظُهُورَ التَّقَاتُلِ وَالتَّفَانِي.

قَالَ: (وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِهِ» وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي قَوْلِهِ يُقَادُ إِذَا ذَبَحَهُ ذَبْحًا، وَلِأَنَّهُ

الحربي المستأمن.

ولأن الذمي لا يدخل تحت مطلق اسم الكافر؛ لأنه عرف بقيد الذمة لخفة حاله في الكفر؛ لأنه صار منا دارًا، وفي أحكام الدنيا.

قوله: وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالمَرْأَةِ، قال في «الكشاف»: قال مالك والشافعي رحمهما الله: لا يقتل الذكر بالأنثى، ذكره في تفسير قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨]، لكن هذا مخالف لرواية عامة الكتب؛ فإن فيها عند الشافعي رحمه الله يقتل الذكر بالأنثى، حتى احتج علماؤنا عليه بهذه المسألة فيما تمسك بقوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾، على ما ذكرنا من «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: لِلْعُمُومَاتِ، كقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣].

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُقَادُ الوَالِدُ»، وهو مجهول يُقيّد لا مجهول يَقُودُ.

قوله: وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي قَوْلِهِ: يُقَادُ إِذَا ذَبَحَهُ ذَبْحًا، أمّا إذا رمى الأب ولده بسيف أو سكين فقتله فلا قصاص عليه.

سَبَبٌ لِإِحْيَائِهِ، فَمِنَ المُحَالِ أَنْ يُسْتَحَقَّ لَهُ إِفْنَاؤُهُ وَلِهَذَا لا يَجُوزُ لَهُ قَتْلُهُ،

والفرق له بين الذبح وغيره هو أن القود لا يجب بشبهة الخطأ، فعند الرمي يتمكن شبهة الخطأ فالظاهر أنه قصد تأديبه لا قتله؛ لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك، بخلاف الأجنبي فإنه ليس بينهما هناك ما يدل على الشفقة فجعلنا الرمي من الأجنبي عمدًا محضًا، فأمَّا إذا أخذه فذبحه فليس هناك شبهة الخطأ بوجه فيحمل على قصد القتل وإن كان هو أباه، كذا في «المبسوط».

وقيده بالرمي في «المبسوط» يدل على أنه لو ضربه بالسيف حتى قتله، كان ينبغي أن يجب القصاص على قوله كما في الذبح لعدم احتمال التأديب.

وفي «الأسرار» لم يفصل على قوله هذا التفصيل، بل قال: لا يقتل الوالد بولده عندنا وعند عامة العلماء، وكذلك الابن إذا ورث قصاصًا على أبيه سقطَ، وقال مالك: يقتل الوالد بولده، وللولد أن يقتل والده بالقصاص الذي يرثه أو يجب له بقتل وليِّه، وذهب في ذلك إلى العمومات الموجبة للقصاص من غير تفصيل، وحجتنا في ذلك ما ذكره في الكتاب.

ومنهم من استدل بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنت ومالك لأبيك»، فظاهر هذه الإضافة توجب كون الولد مملوكًا لأبيه، ثم حقيقة الملك تمنع وجوب القصاص كالمولى إذا قتل عبده فكذلك شبهة الملك باعتبار الظاهر.

فإن قلتَ: ما الفرق بين الحد والقصاص؟ فإن القصاص لا يجب على الأب إذا قتل ابنه عمدًا، والحد يجب على الأب وإن كان رجمًا إذا زنى بابنته كما لو زنى بأجنبيَّة لتغلظ جنايته؛ لأن الحرمة هناك على التأبيد، وكذلك قتل الأب ولده أغلظ في الجناية من قتله الأجنبي؛ لأنه انضم هاهُنا إلى تعمد القتل بغير حق معنى قطيعة الرحم، فإذا وجب القصاص على الأجنبي فأَوْلَى أن يجب على الأب لغلظ الجناية كما في الزنا.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن الحد محض حق الله تعالى، وهو جزاء على ارتكاب ما هو حرام محض، فعند إضافة الولد إلى الوالد يزداد معنى الحرمة فلا يسقط الحد به، فلهذا سقط الحد عنه إذا وطئ جارية الابن؛ لأن إضافة الجارية إليه بالملكية وحقيقة الملك فيما توجب

وَإِنْ وَجَدَهُ فِي صَفِّ الأَعْدَاءِ مُقَاتِلًا أَوْ زَانِيًا وَهُوَ مُحْصَنٌ،

الحل، فظاهر الإضافة توجب شبهة أيضًا؛ أو لأن اللام في قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنت ومالك لأبيك» لام تمليك، وإنما يوجب شبهة الملك فيما هو محل الملك، لا في الحرة التي ليست بمحل.

والفقه في المسألة نوعان:

أحدهما: أن القصاص لو وجب للقاتل حقيقةً لم يجب كما في قتل العبد، فإذا تمكنت شبهة الوجوب للقاتل لم يجب ما يسقط بالشبهة، وهنا يجب للابن ممَّا يملك ويورث فيثبت للأب فيه شبهة الملك فبشبهة الملك يسقط ما يسقط بالشبهة، حتى إذا زنى بأمة ولده لا يجب الحد لشبهة الملك فيها، والقصاص ممَّا يورث فتثبت شبهة الملك لأبيه فيسقط لأنه مثل حد الزنا في السقوط بالشبهة.

والثانِي: أن فضيلة الأبوة تحرم على الابن التعرض للأب بالقتل والجرح، وإن كان محقًّا في الجملة كما لا يقتله على الردة والزنا والكفر.

فإن قلتَ: ما تقول فيمن قتل ولده عمدًا وولده مملوك لإنسان آخر، وفيه أيضًا لا يجب القصاص مع أن ولاية استيفاء القصاص للمولى، وليس للمولى هذه المعانِي التي ذكرتَها في حق الابن؟

قلتُ: إنما لا يجب القصاص؛ لأن وجوب القصاص للمولى بطريق الخلافة عن المقتول، فإنه ينزل من مملوكه منزلة وارث الحر منه، فلو ورث الحر قصاص الولد على الأب كان لا يملك استيفاء القصاص، فكذا هاهُنا، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

ثم على الآباء والأجداد الدية بقتل الابن عمدًا في أموالهم في ثلاث سنين عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تجب الدية حالًا، وإنما لا تعقله العاقلة لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا تعقل العاقلة عمدًا»، يعني: الواجب بالعمد.

ثم قال الشافعي رحمه الله: الأصل أن ضمان المتلَف يكون على المتلِف في ماله كسائر

وَالقِصَاصُ يَسْتَحِقُّهُ المَقْتُولُ ثُمَّ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ، وَالجَدُّ مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ أَوِ النِّسَاءِ، وَإِنْ عَلَا فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الأَبِ، وَكَذَا الوَالِدَةُ وَالجَدَّةُ مِنْ قِبَلِ الأَبِ أَوِ الأُمِّ قَرُبَتْ أَوْ بَعُدَتْ لِمَا بَيَّنَّا، وَيُقْتَلُ الوَلَدُ بِالوَالِدِ لِعَدَمِ المُسْقِطِ.

قَالَ: (وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِعَبْدِهِ وَلَا مُدَبَّرِهِ وَلَا مُكَاتَبِهِ وَلَا بِعَبْدِ وَلَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَوْجِبُ لِنَفْسِهِ عَلَى نَفْسِهِ القِصَاصَ وَلَا وَلَدِهِ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَا يُقْتَلُ بِعَبْدٍ مَلَكَ بَعْضَهُ؛ لِأَنَّ القِصَاصَ لَا يَتَجَزَّأُ.

قَالَ: (وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَى أَبِيهِ سَقَطَ) لِحُرْمَةِ الأُبُوَّةِ.

المتلفات، إلا أن التأجيل في الدية عند الخطأ للتخفيف على الخاطئ وعلى عاقلته، والعامد لا يستحق ذلك التخفيف فيكون الواجب عليه حالًا.

وحجتنا في ذلك أن هذا مال وجبَ بنفس القتل فيكون مؤجلًا، كما لو وجب بقتل الخطأ وشبه العمد؛ وهذا لأن المتلف ليس بمال، وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلًا، وإنما عرفنا تقوم النفس بالمال شرعًا، والشرع إنما قوم النفس بدية مؤجلة في ثلاث سنين، فإيجاب المال حالًا بالقتل يكون زيادةً على ما أوجبه الشرع معنًى، وكما لا يجوز باعتبار صفة العمدية الزيادة في الدية قدرًا بحال، فكذلك لا يجوز إثباتُ الزيادة فيه وصفًا.

وقوله: وَالقِصَاصُ يَسْتَحِقُّهُ المَقْتُولُ ثُمَّ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ، وعن هذا قلنا: إن الجد لو قتل ابنه الصبي ليس للنافلة أن يقتل جده قصاصًا؛ لأن استحقاق القصاص أولًا للمقتول ولهذا يصح عفو المجروح، ولمَّا لم يستحق المقتول قتل ابنه قصاصًا لم يكن لولده أن يقتل جده أيضًا.

قوله: وَلَا وَلَدِهِ، معطوف على الضمير المستكن في: يَسْتَوْجِبُ، وجاز العطف للفاصل، أي: ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل أبوه عبد ولده.

قوله: وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَى أَبِيهِ، بأن قتل الأب أم ابنه مثلًا، وورث الابن قصاص

قَالَ: (وَلَا يُسْتَوْفَى القِصَاصُ إِلَّا بِالسَّيْفِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفْعَلُ بِهِ مِثْلُ مَا فَعَلَ إِنْ كَانَ فِعْلًا مَشْرُوعًا، فَإِنْ مَاتَ وَإِلَّا تُحَزَّ رَقَبَتُهُ؛ لِأَنَّ مَبْنَى القِصَاصِ عَلَى المُسَاوَاةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قَوَدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ» وَالمُرَادُ بِهِ السِّلَاحُ، وَلِأَنَّ

أمَّه على أبيه.

قوله: فَإِنْ مَاتَ وَإِلَّا تُحَزَّ رَقَبَتُهُ، فأمَّا إذا أوجر رجلًا خمرًا، أو وطئ صغيرة، أو لاط بصبيٍّ فمات من ذلك اختلف أصحاب الشافعي فيه، فقال بعضهم: تحز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل، فأمَّا القتل بحجر مشروع في الرجم فجاز أن يقتل به، وقال بعضهم: يتخذ آلة على مثل هذا الذكر فيفعل به مثل ما فعل، وفي الخمر يؤجر الماء حتى يموت، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

وقال في «المبسوط»: القصاصُ متى وجبَ يستوفى بطريق حز الرقبة بالسيف، ولا ينظر إلى ما به حصل القتل، وقال الشافعي رحمه الله: ينظر إلى القتل بما ذا حصل، فإن كان بطريق غير مشروع بأن سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير حتى قتله، فكذلك الجواب يقتل بالسيف، وإن كان بطريق مشروع يفعل به مثل ذلك الفعل، وتمهل مثل تلك المدة، فإن مات وإلا تحز رقبته، نحو ما إذا قطع يد إنسان عمدًا فماتَ من ذلك.

واستدل في ذلك بما رُوي: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أمر برضخ رأس اليهودي بين حجرين»، وكان ذلك بطريق القصاص؛ ولأن تحقيق القصاص الذي ينبئ عن المساواة فيما ذكرنا؛ لأن فيه مساواة في الأصل والوصف؛ إذ فيه اعتبار المساواة في الفعل والمقصود بالفعل.

وحجتنا في ذلك ظاهر قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لَا قَوَدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ»، وهو تنصيص على نفي استيفاء القود بغير السيف، والمعنى فيه أنه قتل مستحق شرعًا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد.

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد من الحديث أي: لا قود يجب إلا بالسيف، لا أن يكون معناه: لا قود يستوفى إلا بالسيف.

فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ اسْتِيفَاءُ الزِّيَادَةِ لَوْ لَمْ يَحْصُلِ المَقْصُودُ بِمِثْلِ مَا فَعَلَ فَيُحَزُّ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ كَمَا فِي كَسْرِ العَظْمِ.

قَالَ: (وَإِذَا قُتِلَ المُكَاتَبُ عَمْدًا وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلَّا المَوْلَى وَتَرَكَ وَفَاءً فَلَهُ القِصَاصُ

قلنا: القود اسم لفعل هو جزاء القتل كالقصاص، دون ما يجب شرعًا، وإن حمل عليه كان مجازًا؛ ولأن القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار، والإبرة، فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف، وإنما السيف مخصوص للاستيفاء، وقال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا تعذبوا أحدًا بعذاب الله تعالى»، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا يعذب بالنار إلا ربها».

والمعنى أن المستحق بالقصاص إنما يستوفى بالطريق الذي يتيقن أنه طريق له، وحزّ الرقبة يتيقن بأنه طريق استيفاء القتل، فأمَّا قطع اليد لا يكون طريقًا لذلك إلا بشرط وهو السراية، وذلك بضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة، ولا يعرف ذلك عند القطع، وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتًا قبل الشرط، فقبل السراية هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعًا فضلًا من أن يكون مستحقًّا.

ولا يقال: لا يقع الناس في الابتداء من أن يكون هذا الفعل مؤثرًا في تحصيل المقصود ما لم يبرأ منه؛ لأنا نقول: إن كان لا يقع الناس عن ذلك فإنه يؤدي إلى تأخير تحصيل المقصود ما لم يبرأ منه، فكما لا يجوز إبطال مقصود صاحب الحق لا يجوز تأخيره.

وأمَّا حديث اليهودي فقد رُوي: «أن الصبية أدركت وبها رمق فقيل لها: أقتلك فلان اليهودي؟ فأشار برأسها أي: نعم، فأمر النبي صلَّى الله عليه وسلَّم بقتل اليهودي»، وبإشارتها لا يجب القصاص، فعُلِم أن اليهودي كان مشهورًا به، وأيسَ عن توبته عن ذلك فأمر برضخ رأسه بين الحجرين على طريق السياسة، لكونه ساعيًا في الأرض بالفساد.

قوله: كَمَا فِي كَسْرِ العَظْمِ، فإن من كسر عظم إنسان سِوى السنّ عمدًا فإنه لا يقتص أصلًا، فإذا جاز ترك القصاص أصلًا لوهم الزيادة فلأن يسقط البعض منه أوْلَى، كذا

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا أَرَى فِي هَذَا قِصَاصًا)؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ سَبَبُ الِاسْتِيفَاءِ فَإِنَّهُ الوَلَاءُ إنْ مَاتَ حُرًّا وَالمِلْكُ إنْ مَاتَ عَبْدًا، وَصَارَ كَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بِعْنِي هَذِهِ الجَارِيَةَ بِكَذَا، وَقَالَ المَوْلَى زَوَّجْتُهَا مِنْكَ لا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا لِاخْتِلَافِ السَّبَبِ كَذَا هَذَا، وَلَهُمَا أَنَّ حَقَّ الِاسْتِيفَاءِ لِلْمَوْلَى بِيَقِينٍ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ

في «المبسوطين»، و«الأسرار».

قوله: لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ سَبَبُ الِاسْتِيفَاءِ فَإِنَّهُ الوَلَاءُ، أي: فإن سبب استيفاء القصاص الولاء.

قوله: وَالمِلْكُ، أي: وسبب استيفاء القصاص ملك الرقبة إن كان عبدًا، وسبب الاستيفاء مختلف، وإن كان المستوفى متحدًا فنزل منزلة اختلاف المستوفى فلا يجب القصاص.

وحكم هذه المسألة في اختلافه تقديرًا مع اتحاد الصورة كان نظير مسألة المحاجات النحوية في صناعة النحو في مسألة المستفهم عن المرفوع، وهو في قول من يقول لمن قال: جاءني زيد من زيد، فإن لقولك: زيد في (من زيد) بعد قول القائل: جاءني زيد رفع لفظي ورفع محلي، فإن الرفع اللفظي هو حكاية لفظ الناطق بالرفع، والمحليُّ هو ارتفاعه بالابتداء، وهذا وإن لم يظهر في المرفوع لفظًا يظهر في المنصوب والمجرور في قول أهل الحجاز لمن يقول: رأيتُ زيدًا من زيدًا، ولمن يقول: مررتُ بزيد من زيدٍ، فهما مرفوعان محلًّا على الابتداء وإن كان اللفظ منصوبًا ومجرورًا على الحكاية، ولمَّا ظهر حكم اللفظ وحكم المحل في المنصوب والمجرور من حيث اللفظ أظهرناهما أيضًا في المرفوع تقديرًا، فكان المستفهم حاكيًا لمرفوعه بالفاعلية وهو مرفوع المحل بالابتداء.

ثم في مسألتنا أيضًا إذا قتل المكاتب عمدًا وترك وفاءً وليس له وارث غير المولى، اختلف سببا الاستفاء من الولاء والملك وإن اتحد المستوفي وهو المولى، فاعتبر الاختلاف ولم يجب القصاص عند محمد رحمه الله، فكان نظير لفظ المستفهم في المرفوع، فإن المرفوع اللفظي مع المرفوع التقديري وإن اتحدا لفظًا هما مختلفان تقديرًا بالفاعلية والابتدائية.

وأمَّا إذا قتل المكاتب عمدًا وترك وفاء وله وارث غير المولى، فكان هو نظير لفظ

وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالحُكْمُ مُتَّحِدٌ، وَاخْتِلَافُ السَّبَبِ لا يُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ وَلا إِلَى اخْتِلَافِ حُكْمٍ فَلَا يُبَالَى بِهِ، بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ مِلْكِ اليَمِينِ يُغَايِرُ حُكْمَ النِّكَاحِ (وَلَوْ تَرَكَ وَفَاءً وَلَهُ وَارِثٌ غَيْرُ المَوْلَى فَلَا قِصَاصَ، وَإِنِ اجْتَمَعُوا مَعَ المَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ مَنْ لَهُ الحَقُّ؛ لِأَنَّهُ المَوْلَى إِنْ مَاتَ عَبْدًا، وَالوَارِثُ إِنْ مَاتَ حُرًّا إِذْ ظَهَرَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فِي مَوْتِهِ عَلَى نَعْتِ الحُرِّيَّةِ أَوِ الرِّقِّ، بِخِلَافِ الأُولَى؛ لِأَنَّ المَوْلَى مُتَعَيِّنٌ فِيهَا (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَلَهُ وَرَثَةٌ أَحْرَارٌ

المستفهم في المنصوب والمجرور؛ لأن الاختلاف بين المنصوب اللفظي والمرفوع المحلي ظاهر، وكذلك الاختلاف بين المجرور اللفظي والمحلي ظاهر، كما لو كان للمكاتب الذي قتل عن وفاء وارث غير المولى كان الاختلاف ظاهرًا، لظهور الاختلاف في المستوفى وفي السبب.

قوله: فَلَا يُبَالَى بِهِ، أي: فلا يعتبر باختلاف السبب لعدم إفضائه إلى المنازعة، كما إذا قال المقر: لك عليَّ ألف درهم من ثمن بيع، وقال المقر له: لا بل من قرض، يجب الألف على المقر.

قوله: بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ؛ لأن ثمَّة اختلفا في الملك؛ لأن النكاح يثبت الحل مقصودًا، فلا اعتبار للتبع مع وجوده والبيع لا يثبت، ولو أثبته لا يكون مقصودًا، فكان الحل الثابت مقصودًا غير الحل الثابت تبعًا، وفي تلك المسألة لمَّا كان الاختلاف في السبب كان الاختلاف في الحكم أيضًا، ولمَّا لم يتفقا على أحد الحكمين لم يثبت الحل.

قوله: وَلَوْ تَرَكَ وَفَاءً وَلَهُ وَارِثٌ غَيْرُ المَوْلَى فَلَا قِصَاصَ، أي: في قولهم جميعًا، ثم لمَّا لم يجب القصاص في هذه الصورة عندهم كانت قيمته على القاتل لوارثه.

قوله: إِذْ ظَهَرَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، فإن على قول علي وعبد الله رضي الله عنهما يموت حرًّا إذا أديت كتابته، فيكون استيفاء القصاص لورثته، وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدًا، فاستيفاء القصاص يكون للمولى، كذا في شروح «الجامع

وَجَبَ القِصَاصُ لِلْمَوْلَى فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ مَاتَ عَبْدًا بِلَا رَيْبٍ لِانْفِسَاخِ الكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مُعْتَقِ البَعْضِ إذَا مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً؛ لِأَنَّ العِتْقَ فِي البَعْضِ لَا يَنْفَسِخُ بِالعَجْزِ.

(وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ لَمْ يَجِبِ القِصَاصُ حَتَّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهِنُ)؛ لِأَنَّ المُرْتَهِنَ لا مِلْكَ لَهُ فَلَا يَلِيهِ، وَالرَّاهِنُ لَوْ تَوَلَّاهُ لَبَطَلَ حَقُّ المُرْتَهِنِ فِي الدَّيْنِ فَيُشْتَرَطُ اجْتِمَاعُهُمَا لِيَسْقُطَ حَقُّ المُرْتَهِنِ بِرِضَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ المَعْتُوهِ فَلِأَبِيهِ أَنْ يَقْتُلَ)؛ لِأَنَّهُ مِنَ الوِلَايَةِ عَلَى النَّفْسِ شُرِعَ لِأَمْرٍ رَاجِعٍ إلَيْهَا وَهُوَ تَشَفِّي الصَّدْرِ فَيَلِيهِ كَالإِنْكَاحِ (وَلَهُ أَنْ يُصَالِحَ)؛ لِأَنَّهُ أَنْظَرُ فِي حَقِّ

الصغير» لقاضي خان، والتمرتاشي، والمحبوبي رحمهم الله.

قوله: بِخِلَافِ مُعْتَقِ البَعْضِ إذَا مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً؛ أي: لم يجب القصاص للمولى؛ لأن ملك المولى لا يعود بموته ولا ينتقض استحقاق العبد.

قوله: وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ المَعْتُوهِ، أي: قريبه وهو ابنه، يعني: إذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلأب المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص وولاية الصلح.

قوله: لِأَنَّهُ مِنَ الوِلَايَةِ، أي: لأن استيفاء القصاص.

قوله: فَيَلِيهِ كَالإِنْكَاحِ، ولكن كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص؛ وذلك لأن القصاص شرع لتشفي الصدور، وللأب شفقة كاملة يعُدُّ ضرر الولد ضرر نفسه، فلذلك جعل التشفي الحاصل للأب كالحاصل للابن، بخلاف الأخ.

قوله: وَلَهُ أَنْ يُصَالِحَ، لكن هذا فيما إذا صالح على قدر الدية، أمَّا إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وإن قلَّ ويجب كمال الدية، ولو قتل عبد اليتيم لم يكن للوصي أن يقتص،

الْمَعْتُوهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُوَ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّهِ (وَكَذَلِكَ إِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْمَعْتُوهِ عَمْدًا) لِمَا ذَكَرْنَا.

(وَالْوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَى نَفْسِهِ وَهَذَا مِنْ قَبِيلِهِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذَا الْإِطْلَاقِ الصُّلْحُ عَنِ النَّفْسِ وَاسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ فِي الطَّرَفِ فَإِنَّهُ لَمْ يُسْتَثْنَ إِلَّا الْقَتْلُ وَفِي كِتَابِ الصُّلْحِ أَنَّ الْوَصِيَّ لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي النَّفْسِ بِالِاعْتِيَاضِ عَنْهُ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الِاسْتِيفَاءِ، وَوَجْهُ الْمَذْكُورِ هَاهُنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الصُّلْحِ الْمَالُ،

ولو كان الأب حيًّا له أن يقتصّ وله أن يصالح، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أراد به قوله: لِأَنَّهُ مِنَ الوِلَايَةِ عَلَى النَّفْسِ شُرِعَ لِأَمْرٍ رَاجِعٍ إِلَيْهَا وَهُوَ تَشَفِّي الصَّدْرِ.

قوله: عَلَى نَفْسِهِ - أي: على نفس المعتوه - وَهَذَا مِنْ قَبِيلِهِ - أي: استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس - وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذَا الإِطْلَاقِ، وهو قوله: وَالوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.

قوله: أَنَّ الوَصِيَّ لا يَمْلِكُ الصُّلْحَ، أي: لا يملك الصلح عن النفس على المال، إنما يملك الوصي الصلح عما دون النفس على المال؛ لأنه يملك استيفاءه فيملك صلحه على المال.

قوله: لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي النَّفْسِ بِالِاعْتِيَاضِ عَنْهُ، والوصي لا يملكه، ألا ترى أنه لا يملك تزويج الصغيرة وإن كان فيه تحصيل المهر لها، مع أن فيه تحصيل المال بمقابلة ما ليس بمال؛ لأن ما يقابل المهر وهو البضع ليس بمال والمهر مال.

قوله: فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الِاسْتِيفَاءِ، أي: استيفاء قصاص النفس وهو لا يملك استيفاء قصاصٍ فلا يملك الصلح عنه على المال.

وَأَنَّهُ يَجِبُ بِعَقْدِهِ كَمَا يَجِبُ بِعَقْدِ الأَبِ بِخِلَافِ القِصَاصِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ التَّشَفِّي وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِالأَبِ وَلا يَمْلِكُ العَفْوَ؛ لِأَنَّ الأَبَ لا يَمْلِكُهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الإِبْطَالِ فَهُوَ أَوْلَى وَقَالُوا القِيَاسُ أَلَّا يَمْلِكَ الوَصِيُّ الِاسْتِيفَاءَ فِي الطَّرَفِ كَمَا لا يَمْلِكُهُ فِي النَّفْسِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مُتَّحِدٌ وَهُوَ التَّشَفِّي وَفِي الِاسْتِحْسَانِ يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكَ الأَمْوَالِ فَإِنَّهَا خُلِقَتْ وِقَايَةً لِلْأَنْفُسِ كَالمَالِ عَلَى مَا عُرِفَ فَكَانَ اسْتِيفَاؤُهُ بِمَنْزِلَةِ التَّصَرُّفِ فِي المَالِ، وَالصَّبِيُّ بِمَنْزِلَةِ المَعْتُوهِ فِي هَذَا، وَالقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الأَبِ فِي الصَّحِيحِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قُتِلَ وَلا وَلِيَّ لَهُ يَسْتَوْفِيهِ السُّلْطَانُ، وَالقَاضِي بِمَنْزِلَتِهِ فِيهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ أَوْلِيَاءُ صِغَارٌ وَكِبَارٌ فَلِلْكِبَارِ أَنْ يَقْتُلُوا القَاتِلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

قوله: وَأَنَّهُ يَجِبُ بِعَقْدِهِ، أي: وأن المال يجب بعقد الوصي.

وفي «الجامع الصغير» للمحبوبي: وظاهر ما ذكر هنا يدل على أن صلح الوصي عن القصاص في النفس على الدية يجوز؛ لأن فيه تحصيل المال للصبي بمقابلة ما ليس بمال، والوصي فيه قائم مقام الأب.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنَ الإِبْطَالِ - أي: إبطال حق المعتوه من القصاص والمال - فَهُوَ أَوْلَى، أي: فالوصي أولى أن لا يملك العفو.

قوله: لِأَنَّ المَقْصُودَ مُتَّحِدٌ وَهُوَ التَّشَفِّي، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وهو الأظهر على قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنَّهما يجعلان الطرف كالنفس في حكم القصاص بالنكول.

قوله: وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ أَوْلِيَاءُ صِغَارٌ وَكِبَارٌ، فإن كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير.

- رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ حَتَّى يُدْرِكَ الصِّغَارُ)؛ لِأَنَّ القِصَاصَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ وَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ البَعْضِ لِعَدَمِ التَّجَزِّي، وَفِي اسْتِيفَائِهِمِ الكُلَّ إِبْطَالُ حَقِّ الصِّغَارِ فَيُؤَخَّرُ إِلَى إِدْرَاكِهِمْ كَمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ الكَبِيرَيْنِ وَأَحَدُهُمَا غَائِبٌ أَوْ كَانَ بَيْنَ المَوْلَيَيْنِ، وَلَهُ أَنَّهُ حَقٌّ لَا يَتَجَزَّأُ لِثُبُوتِهِ بِسَبَبٍ لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ القَرَابَةُ، وَاحْتِمَالُ العَفْوِ مِنَ الصَّغِيرِ مُنْقَطِعٌ فَيَثْبُتُ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا كَمَا فِي وِلَايَةِ الإِنْكَاحِ، بِخِلَافِ

قوله: وَقَالَا لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ حَتَّى يُدْرِكَ الصِّغَارُ، إلا أن يكون الشريك أبًا للصغار فيستوفيه عندهما أيضًا خلافًا للشافعي، فإن عند الشافعي رحمه الله ليس للأب استيفاء قصاص الصغير، وأمَّا إذا كان الشريك أخًا أو عمًّا للصغير فعلى الاختلاف الذي قلنا، وإن كان الشريك الكبير للصغير أجنبيًّا بأن كان العبد مشتركًا بين صغير وأجنبي، فقتل عمدًا ليس للأجنبي أن يستوفي القصاص قبل بلوغه بالإجماع، إلا أن يكون للصغير أب فيستوفيانه حينئذٍ.

قوله: أَوْ كَانَ بَيْنَ المَوْلَيَيْنِ، أي: أحدهما غائب.

قوله: وَاحْتِمَالُ العَفْوِ مِنَ الصَّغِيرِ مُنْقَطِعٌ، أي: في الحال، وهذا هو الفرق له بين الغائب والصغير؛ وذلك لأن العفو من الغائب حال استيفاء القصاص موهوم، فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وذلك لا يجوز، وأمَّا العفو فما يؤمر عن الصغير حال استيفاء القصاص والشبهة في المال لا تعتبر؛ لأن ذلك يؤدي إلى سدِّ باب القصاص لاحتمال أن يندم ولى المقتول على قتله، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمهما الله.

قوله: فَيَثْبُتُ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا، فإن قلتَ: لو كان الحق لكل واحدٍ من المولين كملًا، كان ينبغي أن لا يوجب سقوط حق أحدهما سقوط حق الآخر، كما إذا قتل رجل رجلين وعفا أحد وليي المقتولين كان للآخر ولاية استيفاء القصاص.

قلتُ: الواجب هناك قصاصان وهنا الواجب قصاص واحد، ولكن يثبت لكل واحدٍ

الكَبِيرَيْنِ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ العَفْوِ مِنَ الغَائِبِ ثَابِتٌ وَمَسْأَلَةُ المَوْلَيَيْنِ مَمْنُوعَةٌ.

من الأولياء ولاية الاستيفاء وقد عفا فيسقط.

قوله: وَمَسْأَلَةُ المَوْلَيَيْنِ مَمْنُوعَةٌ؛ لأنه ذكر في «الأسرار»: لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل، أو قتل وله موليان، ويجوز أن لا يثبت القتل لأحدهما إلا إذا اجتمعا كما في إنكاح أمة أعتقها رجلان، أو قبل الإعتاق؛ لأن كل واحدٍ منهما مالك للنصف، والولاية على الشخص لا تثبت إلا بالكل والكل لا يثبت إلا بِهما، فقاما مقام رجل واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة.

وذكر في «المبسوط» في باب الوكالة بالدم في الديات: صورة مسألة الموليين فيما إذا كان العبد مشتركًا بين الكبير والصغير، فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق، فقال أبو حنيفة رحمه الله في جوابه: وهذا بخلاف ما إذا قتل عبد مشترك بين الصغير والكبير، حيث يمتنع استيفاء القصاص من قبل أن يدرك الصغير؛ لأن السبب هناك الملك وهو غير متكامل لكل واحدٍ منهما، فإن ملك الرقبة يحتمل التجزئ، ولهذا لم يكن لأحد الموليين في الأمة ولاية تزويجها بانفراده، بخلاف ما نحن فيه، فإن السبب فيه القرابة وهو ممَّا لا يحتمل التجزئ، حتى كان لكل واحد من الأولياء تزويج المرأة.

وفيه أيضًا قبل هذا: وأبو حنيفة رحمه الله استدلَّ بما يُروى أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل عليًّا رضي الله عنه قتله الحسن رضي الله عنه به قصاصًا، وقد كان في أولاد علي رضي الله عنه صغار ولم ينتظر بلوغهم، والمعنى فيه أن حق الكبير ثابت في استيفاء جميع القصاص، وليس في استيفائه شبهة عفو متحقق فيتمكن منه كما لو كان الوارث واحدًا.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن القصاص يجب للورثة على سبيل الخلافة عن المورث، فإن وجوبه بعد موت المقتول وقد خرج المقتول من أن يكون أهلًا لوجوب الحق له بعد موته، إلا أن ما يحصل منه مقصوده من قضاء الدين وتنفيذ الوصية يجعل كالواجب له حكمًا وهو الدية، فأمَّا ما لا يحصل به مقصود المقتول يجعل واجبًا للوارث الذي هو قائم مقامه، والمقصود بالقود تشفي الغيظ، أو دفع سبب الهلاك عن نفسه، وذلك يحصل للوارث فعرفنا أنه يجب له ولكن على سبيل الخلافة؛ لأن السبب انعقد على حق الميت وقد خرج عند ثبوت

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا بِمَرٍّ فَقَتَلَهُ، فَإِنْ أَصَابَهُ بِالحَدِيدِ قُتِلَ بِهِ وَإِنْ أَصَابَهُ بِالعُودِ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهَذَا إِذَا أَصَابَهُ بِحَدِّ الحَدِيدِ لِوُجُودِ الجُرْحِ فَكَمُلَ السَّبَبُ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِظَهْرِ الحَدِيدِ فَعِنْدَهُمَا يَجِبُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

الحكم من أن يكون أهلًا للوجوب له، فيجب للمولى القائم مقامه، كما يثبت الملك للمولى في كسب العبد ابتداءً على سبيل الخلافة عن العبد، ولهذا قلنا: إذا انقلب مالًا يثبت فيه حق الميت؛ لأن قضاء حوائجه يحصل به، وهو بمنزلة الموصى له بالثلث لا حق له في القصاص، وإذا انقلب مالًا يثبت حقه فيه، وأيّد ما قلنا قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، بين أن القصاص للولي القائم مقام المقتول، إذا ثبتَ هذا فنقول: القصاص لا يحتمل التجزئ وقد ثبت بسبب لا يحتمل التجزئ، فإمَّا أن يتكامل في حق كل واحد منهم أو ينعدم؛ لأنه لا يمكن إثباته متجزئًا ولم ينعدم بالاتفاق، فعرفنا أنه تكامل في حق كل واحدٍ منهم، لا أنه تعدد القصاص في المحل، ولكن بطريق أنه يجعل كل واحدٍ منهم كأنه ليس معه غيره، بمنزلة الأولياء في النكاح ينفرد كل واحدٍ منهم بالتزويج كأنه ليس معه غيره.

والدليل عليه أنه لو استوفى أحدهما لا يضمن للباقين شيئًا ولا للقاتل، ولو لم يكن جميع القصاص واجبًا له لكان ضامنًا باستيفاء الكل، وهذا بخلاف ما إذا عفا أحدهم؛ لأن الواجب بعد العفو المال للباقين، والمال يحتمل التجزئ فيظهر حكم التجزئ عند وجوب المال؛ وهذا لأنا لو بقَّينا القصاص لأحدهما بعد عفو الآخر كان من ضرورته تعدد القصاص الواجب في المحل، وهو غير متعدد في المحل، فأمَّا قبل العفو لو قلنا كل واحدٍ منهم يكون متمكنًا من استيفائه لا يكون من ضرورته تعدد القصاص، وهذا بخلاف ما إذا كان أحدهما غائبًا؛ لأن هناك جميع القصاص واجبٌ للحاضر ولكن في استيفائه شبهة عفو موجود، لجواز أن يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به، وعفو الغائب صحيح سواء علم بوجوبه أو لم يعلم.

قوله: وَإِنْ أَصَابَهُ بِالعُودِ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ، وهذه المسألة هي مسألة القتل بالمثقل، وقد أسفلناها في أوائل الجنايات مشبعًا.

قوله: وَإِنْ أَصَابَهُ بِظَهْرِ الحَدِيدِ، أي: ولم يجرح.

- رَحِمَهُ اللهُ - اعْتِبَارًا مِنْهُ لِلْآلَةِ، وَهُوَ الحَدِيدُ وَعَنْهُ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا جَرَحَ، وَهُوَ الأَصَحُّ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَعَلَى هَذَا الضَّرْبُ بِسِنْجَاتِ المِيزَانِ؛ وَأَمَّا إِذَا ضَرَبَهُ بِالعُودِ فَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ لِوُجُودِ قَتْلِ النَّفْسِ المَعْصُومَةِ وَامْتِنَاعِ القِصَاصِ حَتَّى لا يُهْدَرَ الدَّمُ، ثُمَّ قِيلَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ العَصَا الكَبِيرَةِ فَيَكُونُ قَتْلًا بِالمُثْقَلِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَى مَا نُبَيِّنُ، وَقِيلَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ السَّوْطِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَهِيَ مَسْأَلَةُ المُوَالاةِ، لَهُ أَنَّ المُوَالاةَ فِي الضَّرَبَاتِ إِلَى أَنْ مَاتَ دَلِيلُ العَمْدِيَّةِ فَيَتَحَقَّقُ المُوجِبُ، وَلَنَا مَا رَوَيْنَا «أَلا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ» وَيُرْوَى «شِبْهِ العَمْدِ» الحَدِيثَ وَلِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ عَدَمِ العَمْدِيَّةِ؛ لِأَنَّ المُوَالاةَ قَدْ تُسْتَعْمَلُ لِلتَّأْدِيبِ أَوْ لَعَلَّهُ اعْتَرَاهُ القَصْدُ فِي خِلَالِ الضَّرَبَاتِ فَيَعْرَى أَوَّلُ الفِعْلِ عَنْهُ وَعَسَاهُ أَصَابَ المَقْتَلَ، وَالشُّبْهَةُ دَارِئَةٌ لِلْقَوَدِ فَوَجَبَ الدِّيَةُ.

قَالَ: (وَمَنْ غَرَّقَ صَبِيًّا أَوْ بَالِغًا فِي البَحْرِ فَلَا قِصَاصَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ: يُقْتَصُّ مِنْهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُمَا يُسْتَوْفَى حَزًّا وَعِنْدَهُ يُغَرَّقُ كَمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، لَهُمْ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ» وَلِأَنَّ الآلَةَ قَاتِلَةٌ فَاسْتِعْمَالُهَا أَمَارَةُ العَمْدِيَّةِ، وَلَا مِرَاءَ فِي العِصْمَةِ، وَلَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالعَصَا»،

وقوله: لَهُمْ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، أي: للشافعي ولهما، لكن للشافعي رحمه الله الاستدلال بالحديث، ولهما الاستدلال بالمعقول.

المراء: الشكُّ.

وَفِيهِ «وَفِي كُلِّ خَطَإٍ أَرْشٌ»؛ لِأَنَّ الآلَةَ غَيْرُ مُعَدَّةٍ لِلْقَتْلِ، وَلا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ لِتَعَذُّرِ اسْتِعْمَالِهِ فَتَمَكَّنَتْ شُبْهَةُ عَدَمِ العَمْدِيَّةِ وَلِأَنَّ القِصَاصَ يُنْبِئُ عَنِ المُمَاثَلَةِ، وَمِنْهُ يُقَالُ: اقْتَصَّ أَثَرَهُ، وَمِنْهُ المِقَصَّةُ لِلْجَلَمَيْنِ، وَلا تَمَاثُلَ بَيْنَ الجَرْحِ وَالدَّقِّ لِقُصُورِ الثَّانِي عَنْ تَخْرِيبِ الظَّاهِرِ، وَكَذَا لا يَتَمَاثَلَانِ فِي حِكْمَةِ الزَّجْرِ؛ لِأَنَّ القَتْلَ بِالسِّلَاحِ غَالِبٌ وَبِالمُثْقَلِ نَادِرٌ، وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، وَقَدْ أَوْمَتْ إِلَيْهِ إِضَافَتُهُ إِلَى نَفْسِهِ فِيهِ وَإِذَا امْتَنَعَ القِصَاصُ وَجَبَتِ الدِّيَةُ، وَهِيَ عَلَى العَاقِلَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَاخْتِلَافُ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الكَفَّارَةِ.

قوله: وَفِيهِ «وَفِي كُلِّ خَطَإٍ أَرْشٌ»، هذا من تتمَّة الحديث وبعده أيضًا: «وفيه مائة من الإبل».

قوله: وَمِنْهُ المِقَصَّةُ - أي: المقراض - لِلْجَلَمَيْنِ، هكذا كان بتصحيح شيخي رحمه الله، ووقع في النسخ: للجلَمَان ولا وجه له؛ لأنه ذكر في «الصحاح»: الجلم الذي يحز به وهما جلمان، يعني: سميت المِقصة مِقصة؛ لأن كل واحد من الحديدين يماثل الآخر.

وفي التنزيل: ﴿قُصِّيهِ﴾ [القصص: ١١]، أي: اتبعي أثره، واتباع أثر الشيء في الإتيان بمثله.

قوله: لِأَنَّ القَتْلَ بِالسِّلَاحِ غَالِبٌ وَبِالمُثْقَلِ نَادِرٌ - والحكمة في الزجر إنما هي للغالب دون النادر، ولهذا شرع الحدُّ في حق شرب الخمر دون شرب البول - وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ؛ لأن على قوله يلزم التحريق بالتحريق، وهو منهي عنه، قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا تعذبوا أحدًا بعذاب الله»، وفي رواية: «لا يعذب بالنار إلا ربها».

قوله: أَوْمَتْ - أي: أشارت - إِلَيْهِ - أي: إلى الحمل على السياسة - إِضَافَتُهُ إِلَى نَفْسِهِ، أي: إضافة النبي صلَّى الله عليه وسلَّم فعل التغريق إلى نفسه بالإسناد حيث قال: «غَرَّقْنَاهُ»، ولم يقل: «مَنْ غَرَّقَ يُغْرَقُ».

قوله: وَاخْتِلَافُ الرِّوَايَتَيْنِ، بالرفع وهو مبتدأ، وقوله: فِي الكَفَّارَةِ، خبره، أي: اختلاف

قَالَ: (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا عَمْدًا فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَعَلَيْهِ القِصَاصُ) لِوُجُودِ السَّبَبِ وَعَدَمِ مَا يُبْطِلُ حُكْمَهُ فِي الظَّاهِرِ فَأُضِيفَ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا التَقَى الصَّفَّانِ مِنَ المُسْلِمِينَ وَالمُشْرِكِينَ فَقَتَلَ مُسْلِمٌ مُسْلِمًا ظَنَّ أَنَّهُ مُشْرِكٌ فَلَا قَوَدَ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ)؛ لِأَنَّ هَذَا أَحَدُ نَوْعَيِ الخَطَإِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالخَطَأُ بِنَوْعَيْهِ لا يُوجِبُ القَوَدَ وَيُوجِبُ الكَفَّارَةَ، وَكَذَا الدِّيَةُ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ نَصُّ الكِتَابِ «وَلَمَّا اخْتَلَفَتْ سُيُوفُ المُسْلِمِينَ عَلَى اليَمَانِ أَبِي حُذَيْفَةَ قَضَى رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بِالدِّيَةِ» قَالُوا: إِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ إِذَا كَانُوا مُخْتَلَطِينَ، فَإِنْ كَانَ فِي صَفِّ المُشْرِكِينَ لا تَجِبُ لِسُقُوطِ عِصْمَتِهِ بِتَكْثِيرِ سَوَادِهِمْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ كَثَّرَ سَوَادَ قَوْمٍ فَهُوَ مِنْهُمْ».

الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله إنما كان في الكفارة لا في الدية؛ لأن الدية واجبة من غير تردد، وأمَّا اختلاف الروايتين في شبه العمد هو ما ذكرتُه من «الإيضاح»، وقال فيه بعدما قال: في شبه العمد الكفارة، قال رضي الله عنه: فوجدتُّ في كتب أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد على قول أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: أَحَدُ نَوْعَيِ الخَطَإِ، وهو الخطأ في القصد.

قوله: فَإِنْ كَانَ فِي صَفِّ المُشْرِكِينَ لا تَجِبُ لِسُقُوطِ عِصْمَتِهِ، فرع في «السير»: فإن علم مسلمًا بعينه قد جاء به العدو مكرهًا فتعمده بالرمي وهو يعلم حاله يجب القود قياسًا؛ لأنه عمد محض، وفي الاستحسان لا قود؛ لأن كون المقتول في موضع إباحة القتل يصير شبهة في إسقاط القصاص، وعليه الدية في ماله ولا كفارة، ولو اختلفا فقال ولي المقتول: قصدتَّه برميك بعدما علمت أنه مكره من جهتهم في الوقوف في الصف، وقال الرامي: إنما تعمدت المشركين فالقول للرامي؛ لأنه متمسك بالأصل وهو إباحة الرمي إلى صفهم،

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ نَفْسَهُ وَشَجَّهُ رَجُلٌ وَعَقَرَهُ أَسَدٌ وَأَصَابَتْهُ حَيَّةٌ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ فَعَلَى الأَجْنَبِيِّ ثُلُثُ الدِّيَةِ)؛ لِأَنَّ فِعْلَ الأَسَدِ وَالحَيَّةِ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِكَوْنِهِ هَدَرًا فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ، وَفِعْلُهُ بِنَفْسِهِ هَدَرٌ فِي الدُّنْيَا مُعْتَبَرٌ فِي الآخِرَةِ حَتَّى يَأْثَمَ عَلَيْهِ، وَفِي النَّوَادِرِ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُغَسَّلُ وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ، وَفِي شَرْحِ السِّيَرِ الكَبِيرِ ذَكَرَ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ اخْتِلَافَ المَشَايِخِ عَلَى مَا كَتَبْنَاهُ فِي كِتَابِ التَّجْنِيسِ وَالمَزِيدِ، فَلَمْ يَكُنْ هَدَرًا مُطْلَقًا وَكَانَ جِنْسًا آخَرَ، وَفِعْلُ الأَجْنَبِيِّ مُعْتَبَرٌ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ فَصَارَتْ ثَلَاثَةَ أَجْنَاسٍ فَكَأَنَّ النَّفْسَ تَلِفَتْ بِثَلَاثَةِ أَفْعَالٍ فَيَكُونُ التَّالِفُ بِفِعْلِ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

ولو التقت السريتان ليلًا من المسلمين، أو كل واحدة ترى أن صاحبتها من المشركين فاقتتلوا فأجلوا عن قتلى ثم علموا فلا شيء عليهم من دية ولا كفارة؛ لأن كل واحدة منهما باشرت دفعًا مباحًا فيجب أن يغسلوا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَفِي النَّوَادِرِ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ، هذا أثر كون فعله غير معتبر؛ لأنه لمَّا كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه ماتَ حتف أنفه بمرضه من غير فعله على نفسه عندهما، أمَّا عند أبي يوسف رحمه الله فجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه بمنزلة الباغي.

وقال الإمام قاضي خان رحمه الله: وجنايته على نفسه نوع آخر؛ لأنَّها غير معتبرة في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي، ولا في أحكام الدنيا حتى يغسل ويصلى عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهي معتبرة في حق الإثم وأحكام الآخرة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يعتبر في حق أحكام الدنيا حتى يصير باغيًا على نفسه فلا يصلى عليه، فكان القتل حاصلًا بثلاثة فيجب على الأجنبي ثلث الدية ويكون في ماله؛ لأنه عمد فلا تتحمله العاقلة، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

قَالَ: (وَمَنْ شَهَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سَيْفًا فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْتُلُوهُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ شَهَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سَيْفًا فَقَدْ أَطَلَّ دَمَهُ»؛ وَلِأَنَّهُ بَاغٍ فَتَسْقُطُ عِصْمَتُهُ بِبَغْيِهِ، وَلِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِدَفْعِ الْقَتْلِ عَنْ نَفْسِهِ فَلَهُ قَتْلُهُ وَقَوْلُهُ فَعَلَيْهِمْ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَحَقٌّ عَلَى الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَقْتُلُوهُ إِشَارَةٌ إِلَى الْوُجُوبِ، وَالْمَعْنَى وُجُوبُ دَفْعِ الضَّرَرِ، وَفِي سَرِقَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ شَهَرَ عَلَى رَجُلٍ سِلَاحًا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا أَوْ شَهَرَ عَلَيْهِ عَصًا لَيْلًا فِي مِصْرٍ أَوْ نَهَارًا فِي طَرِيقٍ فِي غَيْرِ مِصْرٍ فَقَتَلَهُ

فصلٌ

لمَّا فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص، ألحقها فصلًا يشمل المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص، وهي كلها من جنس واحد.

يقال: شهر سيفه، يشهره شهرًا، أي: سله من حد منع.

قوله: أَطَلَّ دَمَهُ، أي: أهدر.

قوله: إِشَارَةٌ إِلَى الوُجُوبِ، أي: وَقَوْلُهُ فَعَلَيْهِمْ، إشارة إلى الوجوب.

قوله: وَالمَعْنَى، أي: ومعنى الوجوب.

قوله: وُجُوبُ دَفْعِ الضَّرَرِ؛ لأن دفع الشر واجب، لا أن يكون عين القتل واجبًا، وهكذا قتل الحربي واجب لا لعينه، بل لإعلاء كلمة الله تعالى.

الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ السِّلَاحَ لا يَلْبَثُ فَيَحْتَاجُ إِلَى دَفْعِهِ بِالقَتْلِ وَالعَصَا الصَّغِيرَةِ، وَإِنْ كَانَتْ تَلْبَثُ وَلَكِنْ فِي اللَّيْلِ لا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ فَيُضْطَرُّ إِلَى دَفْعِهِ بِالقَتْلِ، وَكَذَا فِي النَّهَارِ فِي غَيْرِ المِصْرِ فِي الطَّرِيقِ لا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ فَإِذَا قَتَلَهُ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا قَالُوا: فَإِنْ كَانَ عَصًا لا تَلْبَثُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مِثْلَ السِّلَاحِ عِنْدَهُمَا.

قَالَ: (وَإِنْ شَهَرَ المَجْنُونُ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا فَقَتَلَهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الصَّبِيُّ وَالدَّابَّةُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي الدَّابَّةِ وَلا يَجِبُ فِي الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، لِلشَّافِعِيِّ أَنَّهُ قَتَلَهُ دَافِعًا عَنْ نَفْسِهِ فَيُعْتَبَرُ بِالبَالِغِ الشَّاهِرِ، وَلِأَنَّهُ يَصِيرُ مَحْمُولا عَلَى قَتْلِهِ بِفِعْلِهِ فَأَشْبَهَ المُكْرَهَ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ فِعْلَ الدَّابَّةِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ أَصْلًا حَتَّى لَوْ تَحَقَّقَ لا يُوجِبُ الضَّمَانَ أَمَّا فِعْلُهُمَا مُعْتَبَرٌ فِي الجُمْلَةِ حَتَّى لَوْ حَقَّقْنَاهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا الضَّمَانُ، وَكَذَا عِصْمَتُهُمَا لِحَقِّهِمَا وَعِصْمَةُ الدَّابَّةِ لِحَقِّ مَالِكِهَا فَكَانَ فِعْلُهُمَا مُسْقِطًا لِلْعِصْمَةِ دُونَ فِعْلِ الدَّابَّةِ.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى ما ذكر من الحديث والمعقول.

قوله: وَإِنْ شَهَرَ المَجْنُونُ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا فَقَتَلَهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ، وأجمعوا على أنه لو كان الصائل عبدًا، أو صيد الحرم لا يضمن، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: فَأَشْبَهَ المُكْرَهَ، أي: يعود المكرَهُ على المكرِهِ فيقتله، ذكره الإمام البرغري رحمه الله، وكذلك إذا أكره الرجل الآخر فقال: لأقتلنك وإلا لتقتلني، فقتله المكره لا يجب عليه شيء، فكذا هنا.

وَلَنَا أَنَّهُ قَتَلَ شَخْصًا مَعْصُومًا أَوْ أَتْلَفَ مَالًا مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ وَفِعْلُ الدَّابَّةِ لا يَصْلُحُ مُسْقِطًا وَكَذَا فِعْلُهُمَا، وَإِنْ كَانَتْ عِصْمَتُهُمَا حَقَّهُمَا لِعَدَمِ اخْتِيَارٍ صَحِيحٍ، وَلِهَذَا لا يَجِبُ القِصَاصُ بِتَحَقُّقِ الفِعْلِ مِنْهُمَا، بِخِلَافِ العَاقِلِ البَالِغِ؛ لِأَنَّ لَهُ اخْتِيَارًا صَحِيحًا، وَإِنَّمَا لا يَجِبُ القِصَاصُ لِوُجُودِ المُبِيحِ وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ فَتَجِبُ الدِّيَةُ.

قَالَ: (وَمَنْ شَهَرَ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا فِي المِصْرِ فَضَرَبَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ فَعَلَى القَاتِلِ القِصَاصُ) مَعْنَاهُ: إِذَا ضَرَبَهُ فَانْصَرَفَ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُحَارِبًا بِالِانْصِرَافِ فَعَادَتْ عِصْمَتُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَخَلَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ لَيْلًا وَأَخْرَجَ السَّرِقَةَ فَاتَّبَعَهُ وَقَتَلَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ» وَلِأَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ القَتْلُ دَفْعًا فِي الِابْتِدَاءِ فَكَذَا اسْتِرْدَادًا فِي الِانْتِهَاءِ، وَتَأْوِيلُ المَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ لا يَتَمَكَّنُ مِنَ الِاسْتِرْدَادِ إِلَّا بِالقَتْلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَلِهَذَا لا يَجِبُ القِصَاصُ، أي: على الشاهر وهو الصبي والمجنون.

قوله: وَإِنَّمَا لا يَجِبُ القِصَاصُ، أي: على المشهور عليه.

قوله: وَمَنْ شَهَرَ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا فِي المِصْرِ فَضَرَبَهُ - أي: ضربه الشاهر فانصرف وترك الضرب - ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ، أي: المشهور عليه.

قوله: دُونَ مَالِكَ، أي: لأجل مالك، والله تعالى أعلم.

بَابُ القِصَاصِ فِيمَا دُوْنَ النَّفْسِ

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ عَمْدًا مِنَ المِفْصَلِ قُطِعَتْ يَدُهُ وَإِنْ كَانَتْ يَدُهُ أَكْبَرَ مِنَ اليَدِ المَقْطُوعَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وَهُوَ يُنْبِئُ عَنِ المُمَاثَلَةِ، فَكُلُّ مَا أَمْكَنَ رِعَايَتُهَا فِيهِ يَجِبُ فِيهِ القِصَاصُ وَمَا لا فَلَا، وَقَدْ أَمْكَنَ فِي القَطْعِ مِنَ المِفْصَلِ فَاعْتُبِرَ، وَلا مُعْتَبَرَ بِكِبَرِ اليَدِ وَصِغَرِهَا؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ اليَدِ لا تَخْتَلِفُ

باب القصاص فيما دون النفس

لمَّا ذكر القصاص في النفس، احتاج إلى ذكر بيان القصاص فيما دون النفس؛ إذ الجزء يتبع الكل.

قوله: لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾، ذكر في «شرح الأقطع»: فاقتضت الآية ثبوت القصاص فيما دون النفس.

وفي «الإيضاح»: فصار القصاص فيما دون النفس مشروعًا بهذه الآية، والمماثلة معتبرة من حيث سلامة الأجزاء، ولفظ القصاص ينبئ عن هذا.

قوله: وَلا مُعْتَبَرَ بِكِبَرِ اليَدِ وَصِغَرِهَا، فإن قلتَ: ما الفرق بين اليد والرأس، حيث لا يعتبر التفاوت من حيث الصغر والكبر في اليد ويعتبر في الرأس، حتى أن رجلًا لو شجَّ رجلًا موضحة فأخذت ما بين قرنَي المشجوج وهي لا تأخذ ما بين قرنَي الشاج لكبر رأس الشاج، فإن المشجوج يخير فإن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتص به ولا خيار في اليد، مع أن كل واحدٍ من هذين العضوين لا يتفاوت فيما اختص به من المنفعة؟

قلتُ: إنما وقع الفرق بينهما من حيث التفاوت في الشيئين؛ لأنه لو شج الثاني مثل

بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الرِّجْلُ وَمَارِنُ الأَنْفِ وَالأُذُنُ لِإِمْكَانِ رِعَايَةِ المُمَاثَلَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ فَقَلَعَهَا لا قِصَاصَ عَلَيْهِ) لِامْتِنَاعِ المُمَاثَلَةِ فِي القَلْعِ، وَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً فَذَهَبَ ضَوْءُهَا فَعَلَيْهِ القِصَاصُ لِإِمْكَانِ المُمَاثَلَةِ عَلَى مَا قَالَ فِي الكِتَابِ: تُحْمَى لَهُ المِرْآةُ وَيُجْعَلُ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ وَتُقَابَلُ عَيْنُهُ بِالمِرْآةِ فَيَذْهَبُ ضَوْءُهَا، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -.

قَالَ: (وَفِي السِّنِّ القِصَاصُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥] (وَإِنْ كَانَ سِنُّ مَنْ يُقْتَصُّ مِنْهُ أَكْبَرَ مِنْ سِنِّ الآخَرِ)؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ السِّنِّ لا تَتَفَاوَتُ بِالصِّغَرِ وَالكِبَرِ. قَالَ: (وَفِي كُلِّ شَجَّةٍ تَتَحَقَّقُ فِيهَا المُمَاثَلَةُ القِصَاصُ) لِمَا تَلَوْنَا.

الأول في المشاجة كان في الشيئين دون الأول؛ لأن الشجة الأولى أحدث بين قرنيه، وذلك القدر لا يأخذ بين قرني الشاج فقد عجز عن استيفاء حقه بكماله، فيثبت له الخيار، بخلاف اليد، فالمعتبر هناك منفعة البطش، فلعل هذه المنفعة في اليد الصغيرة أكثر منه في اليد الكبيرة، ألا ترى أن أرش اليد لا يختلف باختلاف اليد في الصغير والكبير بحال، بخلاف أرش المشجة، كذا في باب القصاص من ديات «المبسوط».

قوله: لِامْتِنَاعِ المُمَاثَلَةِ فِي القَلْعِ؛ لأنَّها إذا عورت فقد تعذر اعتبار المماثلة؛ لأنه ليس له حد معلوم، ومن الجائز أن يكون الثاني زائدًا.

وقوله: لِمَا ذَكَرْنَا،[1] إشارة إلى قوله: وَهُوَ يُنْبِئُ عَنِ المُمَاثَلَةِ.

---

(١) هكذا ورد النص في أكثر نُسَخ «النهاية» الموجودة معنا، والنص الوارد في «الهداية»: (لِمَا تَلَوْنَا) بدل: (لما ذكرنا)، ومن عادات صاحب «الهداية» أنه يذكر (لما ذكرنا) في الدليل العقلي المذكور سابقًا، و(لما تلونا) و(لما روينا) في الآية أو الحديث المذكورين سابقًا، فعلى هذا كانت الإشارة بقوله (لِمَا تَلَوْنَا) إلى الآية المذكورة سابقًا وهو قوله تعالى: ﴿وَالجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾.

قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا فِي السِّنِّ) وَهَذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قِصَاصَ فِي العَظْمِ» وَالمُرَادُ غَيْرُ السِّنِّ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ المُمَاثَلَةِ فِي غَيْرِ السِّنِّ مُتَعَذِّرٌ لِاحْتِمَالِ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ، بِخِلَافِ السِّنِّ لِأَنَّهُ يُبْرَدُ بِالمِبْرَدِ، وَلَوْ قَلَعَ مِنْ أَصْلِهِ يُقْلَعُ الثَّانِي فَيَتَمَاثَلَانِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ)؛ لِأَنَّ شِبْهَ العَمْدِ يَعُودُ إِلَى الآلَةِ، وَالقَتْلُ هُوَ الَّذِي يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا دُونَ مَا دُونَ النَّفْسِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ إِتْلَافُهُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا العَمْدُ وَالخَطَأُ.

(وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَلَا بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْدِ، وَلَا بَيْنَ

قوله: وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا فِي السِّنِّ، ورُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم «أنه قضى بالقصاص في السن»، وبين الأطباء كلام في السن أنه عظم أو طرف عصب يابس؟ فمنهم من ينكر كون السن عظمًا؛ لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة، فعلى هذا لا حاجة إلى الفرق بينه وبين سائر العظام متى ثبت أنه ليس بعظم، ولئن قلنا أنه عظم ففي سائر العظام لتعذر اعتبار المساواة لا يجب القصاص وذلك لا يوجد هاهُنا؛ لأنه يمكن أن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه، وكذلك إن كان قلع السن فإنه لا يقلع سنه قصاصًا لتعذر اعتبار المماثلة فيه، فربما تفسد فيه لهاته، ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ، والمراد من هذا الكلام هو ما ذكره في «الذخيرة» بقوله: وفي كل موضع وجب القصاص يعني فيما دون النفس، لا فرق بين ما إذا حصل الضرب بالسلاح، أو بشيءٍ آخر غير السلاح يجب القصاص، ولا يترك القصاص بسبب الآلة التي هي غير السلاح، بخلاف النفس فإنه لو أتلفها بآلة غير السلاح كان هو شبه العمد، وليس فيما دون النفس شبه العمد بل هو عمد فيه.

قوله: وَلَا بَيْنَ العَبْدَيْنِ، أي: لا يجري القصاص بينهما في حق الطرف، وأمَّا في حق

العَبْدَيْنِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ إِلَّا فِي الحُرِّ يَقْطَعُ طَرَفَ العَبْدِ. وَيُعْتَبَرُ الأَطْرَافُ بِالأَنْفُسِ لِكَوْنِهَا تَابِعَةً لَهَا. وَلَنَا أَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكُ الأَمْوَالِ

النفس فيجري القصاص بينهما.

قوله: إِلَّا فِي الحُرِّ يَقْطَعُ طَرَفَ العَبْدِ، أي: لا يجب القصاص في ذلك عنده أيضًا كما لا يجب عندنا فيه وفي سائر الصور المذكورة.

ثم اعلم أن الأصل في جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة في الفعل وفي المحل، والمأخوذ بالفعل؛ لأن المماثلة في ضمان العدوان منصوص عليه فيجب اعتبارها في كل ما يتأتى، والمتأتى اعتبار المماثلة في هذه الأشياء، ونعني بالمماثلة في المأخوذ بالفعل المساواة في المنفعة، والمساواة في البدل؛ لأن التفاوت في المنفعة المقصودة دليل اختلاف الجنس وإن اتحد الأصل، كما في الذكر والأنثى من الرقيق في بني آدم، فلأَن تنعدم به - أي: بالتفاوت - في المنفعة المقصودة المماثلة أَوْلَى، ولهذا لا تقطع اليمين باليسار، والتفاوت في البدل دليل ظاهر على انعدام المساواة؛ لأن البدل بمقابلة المبدل وهو قيمته، فالتفاوت فيه دليل على التفاوت في المبدل.

وعلى هذا الأصل قال علماؤنا: لا يجري القصاص بين الرجال والنساء في الأطراف، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: يجري وهو قول الشافعي رحمه الله، ويسلكون في الباب طريقًا سهلًا وهو اعتبار الأطراف بالنفوس؛ لأنَّها تابعة للنفوس، فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الأطراف.

ولكنا نقول: لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في البدل ولا في المنفعة، والمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف، بدليل أن الصحيحة لا تستوفى بالشلاء للتفاوت بينهما في البدل والمنفعة، بخلاف النفوس فالمعتبر هناك المساواة في الفعل حتى يستوفى النفس الصحيحة بالزمنة.

فإن قيل: التفاوت في البدل يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص، ولا يمنع استيفاء الأنقص بالأكمل حتى أن الشلاء تقطع بالصحيحة، وعندكم في هذا الموضع لا تقطع يد المرأة بيد الرجل.

فَيَنْعَدِمُ التَّمَاثُلُ بِالتَّفَاوُتِ فِي القِيمَةِ، وَهُوَ مَعْلُومٌ قَطْعًا بِتَقْوِيمِ الشَّرْعِ فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُهُ. بِخِلَافِ التَّفَاوُتِ فِي البَطْشِ لِأَنَّهُ لا ضَابِطَ لَهُ فَاعْتُبِرَ أَصْلُهُ، وَبِخِلَافِ الأَنْفُسِ لِأَنَّ المُتْلَفَ إِزْهَاقُ الرُّوحِ وَلا تَفَاوُتَ فِيهِ. (وَيَجِبُ القِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالكَافِرِ) لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الأَرْشِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ أَوْ جَرَحَهُ جَائِفَةً فَبَرَأَ مِنْهَا فَلا قِصَاصَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُمَاثَلَةِ فِيهِ، إِذِ الأَوَّلُ كَسْرُ العَظْمِ وَلا ضَابِطَ فِيهِ، وَكَذَا

قلنا: نعم إذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الأصابع فهو كما قلتَ، فأمّا إذا كان التفاوت بمعنى حكمي فإنه يمنع استيفاء كل واحدٍ منهما لصاحبه كاليمين مع اليسار، وهذا المعنى وهو أن التفاوت إذا كان بنقصان لمعنى حسي فمن له الحق إذا رضي بالاستيفاء يجعل مبرئًا لبعض حقه مستوفيًا لما بقي، وذلك جائز، ولهذا لا يستوفى الأكمل بالأنقص وإن رضي به القاطع؛ لأنه بالرضا يكون باذلًا للزيادة فلا يحل استيفاء الطرف بالبذل، فأمّا إذا كان التفاوت لمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء هاهُنا بطريق إسقاط البعض، ولا بطريق البدل.

قوله: فَيَنْعَدِمُ التَّمَاثُلُ بِالتَّفَاوُتِ فِي القِيمَةِ، وَهُوَ مَعْلُومٌ - أي: التفاوت معلوم - قَطْعًا بِتَقْوِيمِ الشَّرْعِ، فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينارٍ قطعًا ويقينًا، ولا تبلغ قيمة يد العبد إلى ذلك، ولو بلغت إنما تبلغ بالحزْر والظن، ولا يكون مساوية ليد الحر يقينًا فينعدم التماثل.

فإن قلتَ: هذا التعليل لو استقام فيما بين أطراف الحر والعبد فلا يستقيم فيما بين أطراف العبيد، فإنه لو فرضنا المسألة فيما إذا استوت قيمة العبدين باتفاق المقومين، كانت قيمة أطرافهما أيضًا تكون مستوية، فحينئذٍ كيف لا يجري القصاص بين طرفي العبدين مع استواء قيمتهما؟

قلتُ: لا وجه لذلك؛ لأن طريق معرفة استوائهما إنما كان بطريق الحزْر والظن،

البُرْءُ نَادِرٌ فَيُفْضِي الثَّانِي إِلَى الهَلَاكِ ظَاهِرًا.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ يَدُ المَقْطُوعِ صَحِيحَةً وَيَدُ القَاطِعِ شَلَّاءَ أَوْ نَاقِصَةَ الأَصَابِعِ فَالمَقْطُوعُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ اليَدَ المَعِيبَةَ وَلا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهَا وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ كَامِلًا)؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الحَقِّ كَامِلًا مُتَعَذِّرٌ فَلَهُ أَنْ يَتَجَوَّزَ بِدُونِ حَقِّهِ وَلَهُ أَنْ يَعْدِلَ إِلَى العِوَضِ كَالمِثْلِيِّ إِذَا انْصَرَمَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ بَعْدَ الإِتْلَافِ ثُمَّ إِذَا

والمماثلة المشروطة شرعًا لا تثبت بطريق الحزْر كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها.

ولا يقال: إذا كانت قيمة كل واحدٍ من العبدين أكثر من عشرة آلاف، فهاهُنا المساواة بينهما في البدل ثابت شرعًا، فإن قيمة العبد إذا كانت أكثر من عشرة آلاف درهم، أو كانت عشرة آلاف درهم، فإنه يجب عشرة آلاف درهمٍ إلا عشرة دراهم شرعًا على ما يجيء في موضعه إن شاء الله تعالى، ومع ذلك لا يجري القصاص بينهما في الأطراف.

لأنا نقول: إن التقدير في بدل نفس العبد، فأمَّا في بدل طرفه لا يدخله التقدير شرعًا، ولكن تجب القيمة بالغة ما بلغت فيتحقق التفاوت بينهما فيه، وبِهذا يتبين أن أطراف العبد يسلك بها مسلك الأموال، ولا مدخل للقصاص في الأموال.

قوله: فَالمَقْطُوعُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ اليَدَ المَعِيبَةَ وَلا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهَا وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ كَامِلًا، وهذا عندنا، وله الأرش عند الشافعي رحمه الله، وكذلك لو كان يد القاطع صحيحة فسقطت لأكله، أو قطعت ظلمًا فلا شيء لمن له القصاص عندنا، وعند الشافعي رحمه الله له الأرش.

وكذلك في النفس لو مات من عليه القصاص فهو بناء على ما سبق أن عنده الواجب أحد شيئين: إمَّا القصاص، أو الأرش، فإذا تعذر استيفاء أحدهما لفوات محله تعين الآخر، وعندنا الواجب هو القصاص لا غير، وقد سقط لفوات محله حقيقةً وحكمًا.

اسْتَوْفَاهَا نَاقِصًا فَقَدْ رَضِيَ بِهِ فَيَسْقُطُ حَقُّهُ كَمَا إِذَا رَضِيَ بِالرَّدِيءِ مَكَانَ الجَيِّدِ (وَلَوْ سَقَطَتِ المُؤْنَةُ قَبْلَ اخْتِيَارِ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْ قُطِعَتْ ظُلْمًا فَلَا شَيْءَ لَهُ) عِنْدَنَا لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَيِّنٌ فِي القِصَاصِ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى المَالِ بِاخْتِيَارِهِ فَيَسْقُطُ بِفَوَاتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ بِحَقٍّ عَلَيْهِ مِنْ قِصَاصٍ أَوْ سَرِقَةٍ حَيْثُ يَجِبُ عَلَيْهِ الأَرْشُ لِأَنَّهُ أَوْفَى بِهِ حقًّا مُسْتَحَقًّا فَصَارَتْ سَالِمَةً لَهُ مَعْنًى.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَاسْتَوْعَبَتِ الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ وَهِيَ لَا تَسْتَوْعِبُ مَا بَيْنَ قَرْنَيِ الشَّاجِّ فَالمَشْجُوجُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ بِمِقْدَارِ شَجَّتِهِ يَبْتَدِئُ مِنْ أَيِّ الجَانِبَيْنِ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ)؛ لِأَنَّ الشَّجَّةَ مُوجِبَةٌ لِكَوْنِهَا مَشِينَةٌ فَقَطْ

فإن قيل: هذا مسلم فيما إذا كانت يده صحيحة فسقطت لأكله، أو قطعت ظلمًا، وأمّا إذا كانت يده شلّاء كان المقطوع مخيرًا بين استيفاء القصاص واستيفاء الأرش، فإذا تعذر عليه استيفاء أحدهما وهو القصاص تعين الآخر وهو الأرش كما هو مذهب الشافعي رحمه الله.

قلنا: لا كذلك، بل كان حقه في القصاص لا غير، إلا أنه كان له أن يستوفي الأرش لعجزه عن استيفاء كمال حقه، بدليل أنه لو زال الشلل قبل أن يستوفي الأرش لم يكن له إلا القصاص، وقد فاتَ محل حقه فلا يبقى له شيء، هذا كله من «المبسوط».

قوله: فَالمَشْجُوجُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ بِمِقْدَارِ شَجَّتِهِ ... وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ، وقد ذكرنا الفرق بين هذا وبين من قطع يد غيره، ويد القاطع أكبر من يد المقطوع، ولا خيار للمقطوع يده بين الاقتصاص وبين أخذ الأرش.

والفرق الذي ذكر هو ظاهر الرواية، وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير رحمهما الله: أن له ذلك، أي: الاقتصاص، ولا خيار له؛ لأن في القصاص فيما دون النفس تعتبر المساواة في المحل، ولا ينظر إلى الصغر والكبر، ألا ترى أن من قطع يد إنسان ويد القاطع أكبر من يد المقطوع إنه يجب القصاص، فهذا مثله، وقد ذكرنا جوابه.

فَيَزْدَادُ الشَّيْنُ بِزِيَادَتِهَا، وَفِي اسْتِيفَائِهِ مَا بَيْنَ قَرْنَيِ الشَّاجِّ زِيَادَةٌ عَلَى مَا فَعَلَ، وَلَا يَلْحَقُهُ مِنَ الشَّيْنِ بِاسْتِيفَائِهِ قَدْرَ حَقِّهِ مَا يَلْحَقُ الْمَشْجُوجَ فَيَنْتَقِصُ فَيُخَيَّرُ كَمَا فِي الشَّلَّاءِ وَالصَّحِيحَةِ، وَفِي عَكْسِهِ يُخَيَّرُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الِاسْتِيفَاءُ كَامِلًا لِلتَّعَدِّي إِلَى غَيْرِ حَقِّهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتِ الشَّجَّةُ فِي طُولِ الرَّأْسِ وَهِيَ تَأْخُذُ مِنْ جَبْهَتِهِ إِلَى قَفَاهُ وَلَا تَبْلُغُ إِلَى قَفَا الشَّاجِّ فَهُوَ بِالْخِيَارِ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ.

قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ وَلَا فِي الذَّكَرِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قُطِعَ مِنْ أَصْلِهِ يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اعْتِبَارُ الْمُسَاوَاةِ.

وَلَنَا أَنَّهُ يَنْقَبِضُ وَيَنْبَسِطُ فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ الْمُسَاوَاةِ (إِلَّا أَنْ تُقْطَعَ الْحَشَفَةُ)؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْقَطْعِ مَعْلُومٌ كَالْمَفْصِلِ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضَ الْحَشَفَةِ أَوْ بَعْضَ الذَّكَرِ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْبَعْضَ لَا يُعْلَمُ مِقْدَارُهُ، بِخِلَافِ الْأُذُنِ إِذَا قُطِعَ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ؛

قرنا الرأس وفوداه: أي: ناحيتاه.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ يُخَيَّرُ أَيْضًا، أي: لو كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج يخير أيضًا؛ لأنه لو استوفى المشجوج مثل حقه في المشاجة من قرنَي الشاج كان هذا أزيد في الشين من الأول؛ لأن تلك المساحة من الشجة لم تأخذ ما بين قرنَي المشجوج لكبر شقيه، وهي تأخذ ما بين قرنَي الشاج لصغر شقيه وتفضل، وإن اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين كان دون حقه في المشاجة فيتخير، فإن شاء أخذ الأرش وإن شاء اقتص له ما بين القرنين في المشاجة، ولا يزاد على ذلك.

قوله: فَهُوَ بِالْخِيَارِ، أي: فالمشجوج بالخيار بين أخذ الأرش، وبين الاقتصاص بمقدار شجته إلى حيث تبلغ، ويبدأ من أي الجانبين أحب، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

لِأَنَّهُ لا يَنْقَبِضُ وَلا يَنْبَسِطُ وَلَهُ حَدٌّ يُعْرَفُ فَيُمْكِنُ اعْتِبَارُ الْمُسَاوَاةِ، وَالشَّفَةُ إِذَا اسْتَقْصَاهَا بِالقَطْعِ يَجِبُ القِصَاصُ لِإِمْكَانِ اعْتِبَارِ الْمُسَاوَاةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَ بَعْضُهَا؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ اعْتِبَارُهَا.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

قَالَ: (وَإِذَا اصْطَلَحَ القَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ القَتِيلِ عَلَى مَالٍ سَقَطَ القِصَاصُ وَوَجَبَ المَالُ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] الآيَةُ عَلَى مَا قِيلَ نَزَلَتِ الآيَةُ فِي الصُّلْحِ.

فصلٌ

ذكر في هذا الفصل مسألة الاصطلاح والعفو وما يتبعهما؛ لما أن الاصطلاح والعفو إنما يكون بعد وجود الجناية، فذكر مسائل الجنايات قبل هذا، فكان ذكر هذا الفصل في موقعه.

قوله: وَوَجَبَ المَالُ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا، حتى لو صالح على مال هو أكثر من قدر الدية يجوز الصلح، أي: في القتل الذي يوجب القصاص، أمَّا لو صالح في القتل الذي يوجب الدية على أكثر من الدية لا يجوز؛ لأن الواجب في القتل العمد هو القصاص وذلك ليس بمال فكان التقويم بالعقد، فيتقوم بقدر ما أوجبه الصلح قل أم كثر، بخلاف قتل الخطأ إذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز؛ لأن الدية مال مقدر شرعًا والصلح على أكثر منه يكون ربـًا، كذا في «الإيضاح».

قوله: لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ الآيَةُ، تقدير الآية علي قول ابن عباس، والحسن، والضحاك، ومجاهد رضي الله عنهم: (فمن أعطي له) على سهولة وأريد به وليّ القتيل، يقال: خذ ما أتاك عفوًا، أي: سهلًا (من أخيه) أي: من جهة أخيه المقتول (شيءٌ) أي: شيء من المال بطريق الصلح، ونكَّره لأنه مجهول القدر، فإنه يقدر بما تراضيا عليه (فاتباع بالمعروف) أي: فله اتباع، أي: فلولي القتيل اتباع المصالح بمعروفٍ، أي: مطالبة

وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ» الحَدِيثُ، وَالمُرَادُ وَاللهُ أَعْلَمُ الأَخْذُ بِالرِّضَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَهُوَ الصُّلْحُ بِعَيْنِهِ؛ وَلِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلْوَرَثَةِ يَجْرِي فِيهِ الإِسْقَاطُ عَفْوًا فَكَذَا تَعْوِيضًا لِاشْتِمَالِهِ عَلَى إِحْسَانِ الأَوْلِيَاءِ وَإِحْيَاءِ القَاتِلِ فَيَجُوزُ بِالتَّرَاضِي. وَالقَلِيلُ وَالكَثِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ مُقَدَّرٌ فَيُفَوَّضُ إِلَى اصْطِلَاحِهِمَا،

ببدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة (وأداء إليه بإحسان) أي: وعلى المصالح أداء إلى وليّ القتيل بإحسان في الأداء.

وقال جماعة، وهو مروي عن ابن عمر، وابن عباس، وابن مسعود رضي الله عنهم: الآية في عفو بعض الأولياء، ويدل عليه قوله: (شَيْءٌ) فإنه يراد به البعض، وتقديره: (فمن عفي عنه) وهو القاتل (من أخيه) في الدين وهو المقتول (شيء) من القصاص، بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقين مالًا وهو الدية على حصصهم من الميراث (فاتباع بالمعروف) أي: فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصتهم بالمعروف، أي: بقدر حقوقهم من غير زيادة (وأداء إليه بإحسان) أي: وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وافيًا غير ناقص، وأريد بالمصدر في قوله: (فاتباع)، (وأداء إليه) الأمر بهذا الفعل كما في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، وقوله: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وقوله: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فالمنقول من الصحابة والتابعين وعليه المفسرون هذان الوجهان، كذا في «التيسير».

قوله: «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ» الحَدِيثُ، تمامه: «فأهله بين خيرتين: إن شاؤوا قادوا، وإن شاؤوا أخذوا الدية»، كذا في «الأسرار».

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أي: المراد بقوله: (أخذوا الدية) الأخذ بالرضا لا بالجبر؛ لأنا بيَّنا أن ليس لولي القتيل العدول عن القصاص إلا برضا القاتل.

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ مُقَدَّرٌ، بكسر الدال من التقدير.

كَالخُلْعِ وَغَيْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرُوا حَالًا وَلا مُؤَجَّلًا فَهُوَ حَالٌّ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالعَقْدِ، وَالأَصْلُ فِي أَمْثَالِهِ الحُلُولُ نَحْوُ المَهْرِ وَالثَّمَنِ، بِخِلَافِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهَا مَا وَجَبَتْ بِالعَقْدِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ القَاتِلُ حُرًّا وَعَبْدًا فَأَمَرَ الحُرُّ وَمَوْلَى العَبْدِ رَجُلًا بِأَنْ يُصَالِحَ عَنْ دَمِهِمَا عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ فَفَعَلَ فَالأَلْفُ عَلَى الحُرِّ وَالمَوْلَى نِصْفَانِ)؛ لِأَنَّ عَقْدَ الصُّلْحِ أُضِيفَ إِلَيْهِمَا. (وَإِذَا عَفَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ مِنَ الدَّمِ أَوْ صَالَحَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى عِوَضٍ سَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ عَنِ القِصَاصِ وَكَانَ لَهُمْ نَصِيبُهُمْ مِنَ الدِّيَةِ) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ القِصَاصَ حَقُّ جَمِيعِ الوَرَثَةِ، وَكَذَا الدِّيَةَ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي الزَّوْجَيْنِ.

قوله: كَالخُلْعِ وَغَيْرِهِ، كالإعتاق على مال.

قوله: فَالأَلْفُ عَلَى الحُرِّ وَمَوْلَى - العبد - نِصْفَانِ؛ لأن الواجب بدل عن القصاص والقصاص عليهما على السواء، فينقسم البدل عليهما على السواء، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ القِصَاصَ حَقُّ جَمِيعِ الوَرَثَةِ، وَكَذَا الدِّيَةَ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي الزَّوْجَيْنِ، وهذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعـًا عندهما، ولكن ما ذكر في «المبسوط» يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية لا غير، وأمَّا في حق القصاص ففيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين؛ لأنه قال في «المبسوط»:

ولكل وارث في دم العمد نصيب لميراثه يجوز فيه عفوه وصلحه، أمَّا الدية إذا وجبت بالقتل فلكل وارث فيها نصيب عندنا، وقال مالك: لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئًا، وكذا أيضًا في «الإيضاح»، ثم قال بعد هذا في «المبسوط»: وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص؛ لأن

....

سبب استحقاقهما العقد، والقصاص لا يستحق بالعقد، ألا ترى أن حق الموصى له لا يثبت في القصاص؛ وهذا لأن المقصود في القصاص التشفي والانتقام، وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضاً.

وحجتنا في ذلك قول النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «من ترك مالًا أو حقًّا فلورثته» والقصاص حقه؛ لأنه بدل نفسه فيكون ميراثاً لجميع ورثته كالدية، والدليل استحقاق الإرث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة، حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد، وبه فارق الوصية، وبهذا يتبين أن الاستحقاق ليس بالعقد بل بحكم العقد.

وقال في «الأسرار»: القصاص يستوفيه الرجال والنساء، وقال الشافعي رحمه الله: لا حظ للنساء في الاستيفاء ولهنَّ حق العفو؛ لأن المرأة ليست من أهل القتل لضعفهن؛ ولهذا لا تقتل الكافرة الأصلية، ولا تضرب عليهن الجزية الواجبة مكان القتل، فصارت في حق استيفاء القصاص كالصغيرة وإن كانت كبيرة، ولكنها تملك العفو؛ لأنَّها كبيرة كما قلتُ أن المرأة لا تملك إنكاح نفسها، وتملك الرد إذا أنكحت بغير إذنها، وبِهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظَّ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي رحمهما الله مخالف لرواية «المبسوط»، و«الإيضاح»، و«الأسرار».

ولنا أن المرأة تساوي الرجل في الولاية الثابتة بحق الملك، وإنما تفارقه فيما يثبت من الولاية على الغير نظرًا لها لنقصان عقلها، ولمَّا ثبت للمرأة ضرب ملك حتى ملكت العفو والصلح يثبت بها ولاية الاستيفاء.

وقوله: إنَّها ليست من أهل القتل، قلنا: إنَّها إن لم تقدر وكلت فإنَّها من أهل التوكيل، والتوكيل بالاستيفاء صحيح، ثم قال: وقال بعض الناس: لا حق للنساء في القصاص وبدله؛ لأنه يجب بعد الموت والنكاح منقطع.

قلتُ: وما ذكره في «الأسرار» بقوله: وقال الشافعي رحمه الله: لا حظ للنساء في استيفاء القصاص؛ لأن المرأة ليست من أهل القتل لضعفهن إلى آخره، من الرواية، والتعليل يدل

لَهُمَا أَنَّ الوِرَاثَةَ خِلَافَةٌ وَهِيَ بِالنَّسَبِ دُونَ السَّبَبِ لِانْقِطَاعِهِ بِالمَوْتِ.

على أنه ليس للنساء أجمع من الأم، والبنت، والأخت، وامرأته حق في القصاص استيفاءً عند الشافعي رحمه الله.

قوله: لَهُمَا أَنَّ الوِرَاثَةَ خِلَافَةٌ وَهِيَ بِالنَّسَبِ دُونَ السَّبَبِ لِانْقِطَاعِهِ بِالمَوْتِ، أي: لانقطاع السبب بالموت.

فإن قلتَ: هذا التعليل يقتضي أن لا يرث الزوجان كل واحد منهما من الآخر المال أيضا؛ لأن السبب كما ينقطع بالموت في حق التوارث في الدية، فكذلك ينقطع في حق التوارث في سائر الأموال أيضًا، ومع ذلك يرث أحدهما الآخرَ المالَ بالاتفاق، عُلِم أن هذا التعليل غير مستقيم.

قلتُ: وقع عندهما أن وجوب الدية إنما يكون بعد الموت لا غير، من غير شائبة تعلق بما قبل الموت، بخلاف سائر الأموال، فإن حق الورثة يتعلق بماله في ابتداء مرض الموت، حتى نفذ تصرفه في ثلث المال لا في الثلثين، وبالموت يتقرر ما تعلق بموته فيستوي في إرثه جميع الورثة الذين يرثون بالنسب والسبب، وأمَّا الدية فوجوبها بعد الموت لا غير، وحال وجوبها لم يبق السبب وهو الزوجية، فلذلك لا يرث الزوجان كل واحدٍ منهما من الآخر عندهما.

وإنا نقول: لا كذلك، بل الدية موروثة كسائر الأموال بالاتفاق، فيجب أن تكون في حق الزوجين كذلك؛ وذلك لأن الدية تجب للميت أولًا ثم تثبت للورثة، ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح، كمن يرمي صيدًا فيموتُ ثم يصيب السهم الصيد فإنه يورث عنه كمال آخر بهذا المعنى، والدليل على أن حكم الدية كحكم سائر أموال الميت هو أن الرجل إذا أوْصَى بثلث ماله لرجل دخل ديته في تلك الوصية؛ لأنَّها بدل نفسه، أي: حصلت بمعنى في نفسه كسائر أمواله حتى تقضى منه ديونه فيرث منه جميع ورثته كسائر أمواله، وأيِّد هذا المعنى ما رُوي عن علي رضي الله عنه: «أنه كان يقسم الدية على من أحرز الميراث»، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الأسرار».

وَلَنَا «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَمَرَ بِتَوْرِيثِ امْرَأَةِ أَشْيَمَ الضِّبَابِيِّ مِنْ عَقْلِ زَوْجِهَا أَشْيَمَ»؛ وَلِأَنَّهُ حَقٌّ يَجْرِي فِيهِ الإِرْثُ، حَتَّى أَنَّ مَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا عَنِ ابْنٍ كَانَ القِصَاصُ بَيْنَ الصُّلْبِيِّ وَابْنِ الابْنِ فَيَثْبُتُ لِسَائِرِ الوَرَثَةِ، وَالزَّوْجِيَّةُ تَبْقَى بَعْدَ المَوْتِ حُكْمًا فِي حَقِّ الإِرْثِ أَوْ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ مُسْتَنِدًا إِلَى سَبَبِهِ وَهُوَ الجُرْحُ، وَإِذَا ثَبَتَ لِلْجَمِيعِ فَكُلٌّ مِنْهُمْ يَتَمَكَّنُ مِنَ الاسْتِيفَاءِ وَالإِسْقَاطِ عَفْوًا وَصُلْحًا وَمِنْ ضَرُورَةِ سُقُوطِ حَقِّ البَعْضِ فِي القِصَاصِ سُقُوطُ حَقِّ البَاقِينَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لا يَتَجَزَّأُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُتِلَ رَجُلَيْنِ وَعَفَا أَحَدُ الوَلِيَّيْنِ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ هُنَاكَ قِصَاصَانِ مِنْ غَيْرِ شُبْهَةٍ لِاخْتِلَافِ القَتْلِ وَالمَقْتُولِ وَهَاهُنَا وَاحِدٌ لِاتِّحَادِهِمَا، وَإِذَا سَقَطَ القِصَاصُ يَنْقَلِبُ نَصِيبُ البَاقِينَ مَالًا؛ لِأَنَّهُ امْتَنَعَ لِمَعْنًى رَاجِعٍ إِلَى القَاتِلِ، وَلَيْسَ لِلْعَافِي شَيْءٌ مِنَ المَالِ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ بِفِعْلِهِ وَرِضَاهُ، ثُمَّ يَجِبُ مَا يَجِبُ مِنَ المَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجِبُ فِي سَنَتَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ وَعَفَا أَحَدُهُمَا، لِأَنَّ الوَاجِبَ نِصْفُ الدِّيَةِ فَيُعْتَبَرُ بِمَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ خَطَأً.

وَلَنَا أَنَّ هَذَا بَعْضُ بَدَلِ الدَّمِ وَكُلُّهُ مُؤَجَّلٌ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ فَكَذَلِكَ بَعْضُهُ، وَالوَاجِبُ فِي اليَدِ كُلُّ بَدَلِ الطَّرَفِ وَهُوَ فِي سَنَتَيْنِ فِي الشَّرْعِ وَيَجِبُ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ عَمْدٌ.

قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا عَمْدًا اُقْتُصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ) لِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ

الضِّبَابِيّ: بكسر الضاد المعجمة.

يقال: تَمَالَأَ عَلَيْهِ، أي: تعاون، وأصل ذلك العون في الملْءِ ثم عمَّ ذلك.

صَنْعَاء اليمن: قصبتها.

هذ الذي ذكره من قوله: وَإِذَا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا عَمْدًا اُقْتُصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ، جواب

عَنْهُ - فِيهِ: لَوْ تَمَالأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ، وَلِأَنَّ القَتْلَ بِطَرِيقِ التَّغَالُبِ غَالِبٌ، وَالقِصَاصُ مَزْجَرَةٌ لِلسُّفَهَاءِ فَيَجِبُ تَحْقِيقًا لِحِكْمَةِ الإِحْيَاءِ.

(وَإِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً فَحَضَرَ أَوْلِيَاءُ المَقْتُولِينَ قُتِلَ لِجَمَاعَتِهِمْ وَلا شَيْءَ لَهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ، فَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ قُتِلَ لَهُ وَسَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْتَلُ بِالأَوَّلِ مِنْهُمْ وَيَجِبُ لِلْبَاقِينَ المَالُ، وَإِنِ اجْتَمَعُوا وَلَمْ يُعْرَفِ الأَوَّلُ قُتِلَ لَهُمْ وَقُسِمَتِ الدِّيَاتُ بَيْنَهُمْ، وَقِيلَ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَيُقْتَلُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.

الاستحسان، وفي القياس لا يلزمهم القصاص؛ لأن المعتبر في القصاص المساواة؛ لما في الزيادة من الظلم على المعتدي، وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه، ولا مساواة بين العشرة والواحد، وهذا شيءٌ يعلم ببداهة العقول، فالواحد من العشرة يكون مثلًا للواحد فكيف تكون العشرة مثلًا للواحد، وأيّد هذا القياس قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وذلك ينفي مقابله النفوس بنفس، ولكن تركنا هذا القياس بما رُوي: «أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلًا فقضى عُمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال: لَوْ تَمَالأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ به».

ولأن شرع القصاص لحكمة الحياة وذلك بطريق الزجر كما قرّرنا، ومعلوم أن القتل بغير حق في العادة لا يكون إلا بالتغالب والاجتماع؛ لأن الواحد يقاوم الواحد، فلو لم نوجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد أدي إلى سدِّ باب القصاص، وإبطال الحكمة التي وقعت الإشارة إليها بالنص، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُقْتَلُ بِالأَوَّلِ، يعني: إن قتلهم على التعاقب يقتل بأولهم ويقضى بالديات لمن بعد الأول في تركته، وإن قتلهم جميعًا يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت القرعة له وبالدية للباقين.

قوله: وَإِنِ اجْتَمَعُوا وَلَمْ يُعْرَفِ، أي: الأول.

لَهُ أَنَّ المَوْجُودَ مِنَ الوَاحِدِ قِتْلَاتٌ وَالَّذِي تَحَقَّقَ فِي حَقِّهِ قَتْلُ وَاحِدٍ فَلَا تَمَاثُلَ، وَهُوَ القِيَاسُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّهُ عُرِفَ بِالشَّرْعِ.

وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَاتِلٌ بِوَصْفِ الكَمَالِ فَجَاءَ التَّمَاثُلُ أَصْلُهُ الفَصْلُ الأَوَّلُ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمَا وَجَبَ القِصَاصُ؛ وَلِأَنَّهُ وُجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جُرْحٌ صَالِحٌ لِلْإِزْهَاقِ فَيُضَافُ إِلَى كُلٍّ مِنْهُمْ إِذْ هُوَ لَا يَتَجَزَّأُ؛ وَلِأَنَّ القِصَاصَ شُرِعَ مَعَ المُنَافِي

قوله: وَهُوَ القِيَاسُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا قتل جماعة واحدًا.

قوله: وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ - أي: من أولياء القتلى - قَاتِلٌ، أي: قصاصًا.

قوله: أَصْلُهُ - أي: أصل ثبوت التماثل بين الواحد والعشرة - الفَصْلُ الأَوَّلُ، وهو ما إذا قتل جماعةً واحدًا فالجماعة يقتلون بالواحد بالإجماع، ولو لم يكن التماثل بين الواحد والجماعة ثابتًا لما قتلوا بالواحد، يعني: لمَّا كانت الجماعة مثلًا للواحد كان الواحد مثلًا للجماعة أيضًا ضرورةً؛ لأن المثل اسم مشترك، فمن ضرورة كون أحد السبيلين مثلًا للآخر أن يكون الآخر مثلًا له كاسم الأخ، فإن من ضرورة كون أحد الشخصين أخـًا للآخر أن يكون الآخر أخـًا له.

فإن قيل: الفرق بينهما ثابت، فإنا إنما أوجبنا القصاص على الجماعة بقتل الواحد لرد غلبة القتل بغير حق من غير اعتبار المماثلة، وهذا لا يوجد فيما نحن فيه.

قلنا: لا كذلك، بل المماثلة مرعية في القصاص في جميع الصور، ثم الزيادة في العدد أبلغ من الزيادة في الوصف، فإذا كان لا يقتل المسلم بالمستأمن عندنا وعلى قوله بالذمي، والحر بالعبد لانعدام المماثلة مع الحاجة إلي رد غلبة القتل بغير حق، فلأن لا يقتل العشرة بالواحد أوْلَى.

وكذلك في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة نحو كسر العظام لا يجب القصاص، والحاجة إلى رد غلبة الجناية هاهُنا بغير حق يتحقق، ولكن توهم الزيادة يمنع القصاص

لِتَحْقِيقِ الإِحْيَاءِ وَقَدْ حَصَلَ بِقَتْلِهِ فَاكْتَفَى بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ إِذَا مَاتَ سَقَطَ القِصَاصُ) لِفَوَاتِ مَحَلِّ الِاسْتِيفَاءِ فَأَشْبَهَ مَوْتَ العَبْدِ الجَانِي، وَيَتَأَتَّى فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ إِذِ الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا عِنْدَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَ رَجُلَانِ يَدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ فَلَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقْطَعُ يَدَاهُمَا، وَالمُفْرِضُ إِذَا أَخَذَ سِكِّينًا وَأَمَرَّهُ عَلَى يَدِهِ حَتَّى انْقَطَعَتْ لَهُ الِاعْتِبَارُ بِالأَنْفُسِ، وَالأَيْدِي تَابِعَةٌ لَهَا فَأَخَذَتْ حُكْمَهَا،

فتحقق الزيادة، لأن يمنع من ذلك كان أَوْلَى، فعرفنا أنه إنما يقتل العشرة بالواحد بطريق المماثلة، وبيان ذلك هو أن القتل مما لا يحتمل التجزئ، وإذا اشترك الجماعة فيما لا يحتمل التجزئ فإمَّا أن ينعدم أصلًا، أو يتكامل في حق كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره، ولم ينعدم هاهُنا بالاتفاق، فعرفنا أنه تكامل في حق كل واحدٍ منهم، فكان كل واحد منهم قاتلًا على سبيل الكمال بمنزلة الأولياء في التزويج بتكامل الولاية لكل واحد منهم، وفي هذا المعنى القتل الذي هو عدوان والقتل الذي هو جزاء سواءٌ، فإن الأولياء إذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحدٍ قاتلًا بكماله، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالمُفْرِضُ إِذَا أَخَذَ سِكِّينًا وَأَمَرَّهُ عَلَى يَدِهِ حَتَّى انْقَطَعَتْ، أي: صورة المسألة المختلف فيها بيننا وبين الشافعي رحمه الله فيما إذا أخذ الرجلان سكينًا واحدًا ووضعاه في جانب واحد من يده وأمرَّاه على مفصل يده حتى أبانا يده، أمَّا لو وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر وأمرَّا حتى التقا السكينان لا يجب القصاص عنده أيضًا، وهذا بخلاف النفس، فإنه إذا وضع أحدهما السكين على حلقه والآخر على قفاه وأمرَّا حتى التقى السكينان يجب القصاص عليهما؛ لأن القتل إزهاق للحياة وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ فيضاف إلى كل واحد منهما كملًا.

وحاصل هذه المسألة راجع إلى ما ذكرنا، وهو أن التفاوت يعتبر في الأطراف حتى لا تقطع اليدان بيد واحد عندنا للتفاوت في البدل، وتأثير التفاوت في المقدار فيما يعتبر فيه

أَوْ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا بِجَامِعِ الزَّجْرِ. وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَاطِعٌ بَعْضَ الْيَدِ؛ لِأَنَّ الِانْقِطَاعَ حَصَلَ بِاعْتِمَادَيْهِمَا وَالمَحَلُّ مُتَجَزِّئٌ فَيُضَافُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَعْضُ فَلَا مُمَاثَلَةَ، بِخِلَافِ النَّفْسِ لِأَنَّ الِانْزِهَاقَ لا يَتَجَزَّأُ؛ وَلِأَنَّ الْقَتْلَ بِطَرِيقِ الِاجْتِمَاعِ غَالِبٌ حَذَارِ الْغَوْثِ، وَالِاجْتِمَاعُ عَلَى قَطْعِ الْيَدِ مِنَ الْمِفْصَلِ فِي حَيِّزِ النُّدْرَةِ لِافْتِقَارِهِ إِلَى مُقَدَّمَاتٍ بَطِيئَةٍ فَيَلْحَقُهُ الْغَوْثُ.

المماثلة أكثر من تأثير التفاوت في الصفة، ألا ترى أن في الأموال الربوية التفاوت في المقدار يمنع جواز العقد، والتفاوت في الصفة لا يمنع، ثم التفاوت في الصفة هاهُنا يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص كالصحيحة بالشلاء، فالتفاوت في المقدار أَوْلَى.

وعند الشافعي رحمه الله تقطع اليدان بيد واحدة إذا وضعا السكين من جانب واحد، بخلاف ما إذا اختلف موضعهما؛ وذلك لأن عند الاتحاد أَمَرَّ كل واحد منهما السلاح على جميع العضو، بخلاف ما إذا اختلف محل الفعل؛ لأنه لم يوجد من كل واحد منهما إمرار السلاح إلا على بعض العضو.

ولكنا نقول: كل واحدٍ منهما قاطع بعض يده، سواء اختلف محل القتل أو اتحد؛ لأن القطع هو الفصل بين متصلين، ولهذا يطلق هذا الاسم على الخشب، والثياب، والجبال، ونحن نتيقن أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر، ولا معتبر بإمرار كل واحدٍ منهما السلاح على جميع العضو؛ لأن إمرار السلاح من غير حصول القطع به وجوده كعدمه، وما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر، هذا شيء يعرفه كل عاقل، فعرفنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد فلا يجوز أن تقطع جميع يده بقطعه بعض اليد؛ لأن المساواة في الفعل معتبرة لا محالة.

وأمَّا النفس فالقياس فيها هكذا، ولكن تركنا القياس بالأثر وهو حديث عُمر رضي الله عنه، والمخصوص من القياس بالأثر لا يلحق به إلا ما يكون في معناه من كل وجهٍ، والطرف ليس في معنى النفس من كل وجهٍ؛ لأن الفعل في النفس لا يحتمل الوصف بالتجزئ بحال،

قَالَ: (وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ)؛ لِأَنَّهُ دِيَةُ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ وَهُمَا قَطَعَاهَا. (وَإِنْ قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَيْ رَجُلَيْنِ فَحَضَرَا فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَدَهُ وَيَأْخُذَا مِنْهُ نِصْفَ الدِّيَةِ يَقْسِمَانِهِ نِصْفَيْنِ سَوَاءٌ قَطَعَهُمَا مَعًا أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي التَّعَاقُبِ يُقْطَعُ بِالأَوَّلِ، وَفِي الْقِرَانِ يُقْرَعُ؛ لِأَنَّ الْيَدَ اسْتَحَقَّهَا الأَوَّلُ فَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِحْقَاقُ فِيهَا لِلثَّانِي كَالرَّهْنِ بَعْدَ الرَّهْنِ، وَفِي الْقِرَانِ الْيَدُ الْوَاحِدَةُ لا تَفِي بِالْحَقَّيْنِ فَتُرَجَّحُ بِالْقُرْعَةِ.

والفعل في الطرف يحتمل الوصف بالتجزئ، ألا ترى أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقي، وفي النفس لا يتحقق إزهاق بعض الحياة دون البعض، فلعدم احتمال التجزئ هناك جعل كاملًا في حق كل واحد منهما، ولاحتمال التجزئ هنا يجعل كل واحدٍ منهما قاطعًا للبعض، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ دِيَةُ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ، أي: نصف الدية على كل واحدٍ منهما عند انضمام أحدهما مع الآخر دية اليد الواحدة.

قوله: وَإِنْ قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَيْ رَجُلَيْنِ فَحَضَرَا فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَدَهُ، أي: يمينه، وبهذا صرح في «المبسوط»، وكذلك الحكم فيما إذا قطع يساري رجلين، أي: يقطعان يساره.

وإنما قيَّد بيميني رجلين؛ لأنه لو قطع يمين رجل ويسار آخر تقطع يداه بِهما.

وكذلك إن قطعهما من واحد؛ لأن المماثلة المشروطة في الفعل والمحل والمأخوذ بالفعل موجود.

فإن قيل: هو ما فوّت على كل واحد منهما منفعة الجنس، وإذا قطعنا يديه لهما كان فيه تفويت منفعة الجنس فلا يتحقق المماثلة، قلنا: في حق كل واحدٍ منهما يعتبر ما استوفي هو، وليس في استيفائه تفويت منفعة الجنس، ثم هذا المعنى إنما يعتبر في السرقة؛ لأن تفويت منفعة الجنس استهلاك حكمـًا، والاستهلاك الحقيقي في حد السرقة غير مشروع فكذلك الحكمي، فأمَّا في القصاص الاستهلاك الحقيقي مشروع إذا كانت المماثلة فيه، فكذلك الاستهلاك الحكمي، كذا في «المبسوط».

وَلَنَا أَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي حُكْمِهِ كَالْغَرِيمَيْنِ فِي التَّرِكَةِ، وَالقِصَاصُ مِلْكُ الفِعْلِ يَثْبُتُ مَعَ المُنَافِي فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَقِّ الِاسْتِيفَاءِ. أَمَّا المَحِلُّ فَخُلُوٌّ عَنْهُ فَلَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الثَّانِي، بِخِلَافِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ فِي المَحَلِّ. فَصَارَ كَمَا إِذَا قَطَعَ العَبْدُ يَمِينَيْهِمَا عَلَى التَّعَاقُبِ فَتُسْتَحَقُّ رَقَبَتُهُ لَهُمَا، وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فَقَطَعَ يَدَهُ فَلِلْآخَرِ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ لِثُبُوتِ حَقِّهِ وَتَرَدُّدِ حَقِّ الغَائِبِ، وَإِذَا اسْتَوْفَى لَمْ يَبْقَ مَحِلُّ الِاسْتِيفَاءِ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ الآخَرِ فِي الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ بِقَتْلِ العَمْدِ لَزِمَهُ القَوَدُ) وَقَالَ زُفَرُ: لا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ؛ لِأَنَّهُ يُلَاقِي حَقَّ المَوْلَى بِالإِبْطَالِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالمَالِ.

وَلَنَا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهَمٍ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُضِرٌّ بِهِ فَيُقْبَلُ؛ وَلِأَنَّ العَبْدَ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ عَمَلًا بِالآدَمِيَّةِ حَتَّى لا يَصِحَّ إِقْرَارُ المَوْلَى عَلَيْهِ بِالحَدِّ وَالقِصَاصِ،

قوله: وَالقِصَاصُ مِلْكُ الفِعْلِ يَثْبُتُ مَعَ المُنَافِي؛ لأن من عليه القصاص حرٌّ.

قوله: وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ بِقَتْلِ العَمْدِ لَزِمَهُ القَوَدُ، قيد الإقرار بقتل العمد؛ لأنه لو أقرَّ العبد بقتل الخطأ لا يجوز سواء كان مأذونًا، أو محجورًا؛ لأنه ذكر في باب إقرار المحجور والمملوك من إقرار «المبسوط» فقال:

ولا يجوز إقرار العبد التاجر للأجنبي بجناية ليس فيها قصاص؛ لأن هذا ليس من التجارة، والإذن فك الحجر عنه في التجارة، ففيما ليس بتجارة المأذون والمحجور سواء.

ولأنه يقر على مولاه، فإن جناية العبد لا توجب عليه شيئًا، بل وجب على مولاه الدفع أو الفداء، وإقرار العبد على مولاه باطل، وإذا أقرَّ بقتل عمد جاز إقراره وعليه القصاص؛ لأنه

وَبُطْلَانُ حَقِّ الْمَوْلَى بِطَرِيقِ الضِّمْنِ فَلَا يُبَالَى بِهِ.

(وَمَنْ رَمَى رَجُلًا عَمْدًا فَنَفَذَ السَّهْمُ مِنْهُ إِلَى آخَرَ فَمَاتَا فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ لِلْأَوَّلِ وَالدِّيَةُ لِلثَّانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ)؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ عَمْدٌ وَالثَّانِي أَحَدُ نَوْعَيِ الْخَطَأِ، كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ آدَمِيًّا وَالْفِعْلُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الْأَثَرِ.

يقر به على نفسه، فإن المستحق بالقصاص دمه وهو في حكم الدم مبقي على أصل الحرية.

ولأن المولى لا يملك الإقرار، وفيما لا يملكه المولى على عبده فالعبد بمنزلة الحر، كطلاق زوجته يصح إقراره به كما يصح إيقاعه، وكذلك إذا أقرَّ على نفسه بسبب موجب للحد، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خطأً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ أَنْ تَبْرَأَ يَدُهُ أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ قَتَلَهُ خطأً أَوْ قَطَعَ يَدَهُ خطأً فَبَرِئَتْ يَدُهُ ثُمَّ قَتَلَهُ خطأً أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا فَبَرَأَتْ ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالأَمْرَيْنِ جَمِيعًا)،

فصلٌ

لمَّا ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين؛ لأنّ الاثنين بعد الواحد.

قوله: فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالأَمْرَيْنِ جَمِيعًا، حتى يجب القصاص في العمد، والأرش في الخطأ، سواء تخلل بينهما برؤ أو لم يتخلل؛ لأنَّهما فعلان مختلفان حقيقةً، فإن أحدهما قطع والآخر قتل وموجب أحدهما القصاص وموجب الآخر الديَّة، فيمكن الجمع بينهما على وجه لا يدخل أحدهما في الآخر وإن تجانس الفعلان، بأن قطعه خطأ ثمَّ قتله خطأ، أو قطعه عمدًا ثمَّ قتله عمدًا، فإن تخلَّل بينهما برءٌ يؤخذ بموجب الفعلين؛ لأن موجب الأول قد تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما في الآخر، حتى أنَّهما لو كانا خطأين تجب دية ونصف دية، كما لو حَلَّا[1] بشخصين، وإن لم يتخلل بينهما برء بأن قطع يد رجل عمدًا ثمَّ قتله عمدًا قبل البرء، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: الولي بالخيار إن شاء قطع يده وقتله، وإن شاء قتله ولا يقطع يده، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يقتله ولا يقطع.

قال شمس الأئمَّة السّرخسي رحمه الله: أشار هاهُنا إلى أن الخيار إلى الإمام عند

(١) في هامش نسخة (ف٢): أي: كما لو وقع منه هذان الفعلان في شخصين.

وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الجِرَاحَاتِ وَاجِبٌ مَا أَمْكَنَ تَتْمِيمًا لِلْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ القَتْلَ فِي الأَعَمِّ يَقَعُ بِضَرَبَاتٍ مُتَعَاقِبَةٍ، وَفِي اعْتِبَارِ كُلِّ ضَرْبَةٍ بِنَفْسِهَا بَعْضُ الحَرَجِ، إِلَّا أَنْ لا يُمْكِنَ الجَمْعُ فَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ، وَقَدْ تَعَذَّرَ الجَمْعُ فِي هَذِهِ الفُصُولِ فِي الأَوَّلَيْنِ لِاخْتِلَافِ حُكْمِ الفِعْلَيْنِ، وَفِي الآخَرَيْنِ لِتَخَلُّلِ البُرْءِ وَهُوَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَتَخَلَّلْ وَقَدْ تَجَانَسَا بِأَنْ كَانَا خَطَأَيْنِ يَجْمَعُ بِالإِجْمَاعِ لِإِمْكَانِ الجَمْعِ وَاكْتَفَى بِدِيَةٍ وَاحِدَةٍ.

(وَإِنْ كَانَ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ أَنْ تَبْرَأَ يَدُهُ، فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ قَالَ: اقْطَعُوهُ ثُمَّ اقْتُلُوهُ، وَإِنْ شَاءَ قَالَ: اقْتُلُوهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يُقْتَلُ وَلَا تُقْطَعُ يَدُهُ؛ لِأَنَّ الجَمْعَ مُمْكِنٌ لِتَجَانُسِ الفِعْلَيْنِ وَعَدَمِ تَخَلُّلِ البُرْءِ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا. وَلَهُ أَنَّ الجَمْعَ مُتَعَذِّرٌ، إِمَّا لِلِاخْتِلَافِ بَيْنَ الفِعْلَيْنِ هَذَيْنِ؛ لِأَنَّ المُوجِبَ القَوَدُ وَهُوَ يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي الفِعْلِ وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ القَتْلُ بِالقَتْلِ

أبي حنيفة رحمه الله يعيّن أيهما شاء، قال رحمه الله: وليس كذلك بل الخيار للمولى؛ لأن القصاص حقّه وإنما الخيار للإمام في فصل قطاع الطريق عنده إذا قتلوا وأخذوا المال، كذا في «الأسرار»، و«الجامع الصَّغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الجِرَاحَاتِ وَاجِبٌ؛ لما أن الأصل في العقوبات هو التداخل.

قوله: يَجْمَعُ بِالإِجْمَاعِ، ومعنى الجمع هو الاكتفاء بدية واحدة، ومعنى عدم الجمع هو أن يؤخذ كل واحدةٍ من الجنايتين بموجبها.

قوله: فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ قَالَ: اقْطَعُوهُ، وقد ذكرنا من «الجامع الصَّغير» للمحبوبي رحمه الله أن هذا وقع على غير اختيار الإمام شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله، بل الخيار للمولى.

وَالقَطْعُ بِالقَطْعِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ، أَوْ لِأَنَّ الحَزَّ يَقْطَعُ إضَافَةَ السِّرَايَةِ إلَى القَطْعِ، حَتَّى لَوْ صَدَرَ مِنْ شَخْصَيْنِ يَجِبُ القَوَدُ عَلَى الحَازِّ فَصَارَ كَتَخَلُّلِ البُرْءِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَطَعَ وَسَرَى؛ لِأَنَّ الفِعْلَ وَاحِدٌ، وَبِخِلَافِ مَا إذَا كَانَا خَطَأَيْنِ؛ لِأَنَّ المُوجَبَ الدِّيَةُ وَهِيَ بَدَلُ النَّفْسِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ المُسَاوَاةِ؛ وَلِأَنَّ أَرْشَ اليَدِ إنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ اسْتِحْكَامِ أَثَرِ الفِعْلِ وَذَلِكَ بِالحَزِّ القَاطِعِ لِلسِّرَايَةِ فَيَجْتَمِعُ ضَمَانُ الكُلِّ وَضَمَانُ الجُزْءِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَلا يَجْتَمِعَانِ، أَمَّا القَطْعُ وَالقَتْلُ قِصَاصًا يَجْتَمِعَانِ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا قَطَعَ وَسَرَى، حيث يكتفى بالقتل ولا يقطع.

قوله: فَيَجْتَمِعُ ضَمَانُ الكُلِّ وَضَمَانُ الجُزْءِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وهي حالة حز الرَّقبة، يعني أن دية اليد لو وجبت لا تجب إلا عند الحزّ؛ لأنه وقت استحكام أثر الفعل ولا سبيل إليه؛ لأن بالحزّ يجب ضمان الكل، فلو وجبت دية اليد في هذه الحالة لكان الوجوب في حق دية اليد مكررًا، وإنه غير مشروع.

قوله: أَمَّا القَطْعُ وَالقَتْلُ قِصَاصًا يَجْتَمِعَانِ؛ وهذا لأن العمد يبتني على التغليظ والتشديد، ولهذا تقتل العشرة بالواحد، وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ أيضًا فيجوز اعتبار ذلك في العمد، بخلاف الخطإ فإنه مبني على التخفيف، ألا ترى أن الدية لا تعدد بتعدد القاتلين، ثم في العمد المقصود هو الانتقام والتشفي، وفي التمكين من القتل والقطع جميعًا زيادة تحقيق في هذه المقصود، وكما أن القتل بعد القطع يكون إتمامًا للفعل الأول من وجه، فقد يكون قطعًا لموجب الفعل بمنزلة البرء من حيث أن المحل يفوت به، ولا تصور للسراية بعد فوات المحل فيجعل كالبرء من هذا الوجه، فللاحتمال أثبتنا الخيار للولي تغليظًا لحكم العمد، ولا يعتبر ذلك في الخطإ؛ لأنه مبني على التخفيف، كذا في «المبسوط» في باب الشهادة في القصاص.

فإن قيل: هذا التعليل يبطل بمن قطع إصبع رجل ثم قطع الكف قبل البرءِ، فإنه يلزمه

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَبَرَأَ مِنْ تِسْعِينَ وَمَاتَ مِنْ عَشَرَةٍ فَفِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَرَأَ مِنْهَا لا تَبْقَى مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الأَرْشِ وَإِنْ بَقِيَتْ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ التَّعْزِيرِ فَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ لِلْعَشَرَةِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ جِرَاحَةٍ انْدَمَلَتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي مِثْلِهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَجِبُ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ (وَإِنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ وَجَرَحَتْهُ وَبَقِيَ لَهُ أَثَرٌ تَجِبُ حُكُومَةُ العَدْلِ) لِبَقَاءِ الأَثَرِ وَالأَرْشِ إِنَّمَا يَجِبُ بِاعْتِبَارِ الأَثَرِ فِي النَّفْسِ.

قصاصٌ في الكف دون الإصبع وقد أزال كفه بفعلين.

قلنا: لأن الجمع بينهما غير ممكن؛ لأنا متى فصلنا قطع الكف عن قطع الإصبع لم يجب القصاص، فإنَّها قطعت وهي ناقصة الطرف وكف القاطع كاملة، فاعتبرا لهذه الضرورة بجناية واحدة وإن كان فيه لغوُ الإصبع؛ لأنَّها أهون من الكف؛ ولأن القصاص في الطرف لا يصير أعدادًا بأعداد القاطعين، كجماعة قطعوا يدًا واحدةً، فكذلك عدد القطع من واحدٍ بخلاف النفس، كذا في «الأسرار».

قوله: وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَبَرَأَ مِنْ تِسْعِينَ وَمَاتَ مِنْ عَشَرَةٍ، معنى هذا ضربه تسعين في موضع وعشرة في موضع آخر، فبرء موضع التسعين وسري موضع العشرة.

قوله: وَكَذَلِكَ كُلُّ جِرَاحَةٍ انْدَمَلَتْ، أي: لا تبقى معتبرة أصلًا لا في حق الأرش، ولا في حق حكومة العدل، وإنما يبقى في حق التعزير لا غير، هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله، وأمَّا على قول أبي يوسف رحمه الله حكومة عدل، وعلى قول محمد رحمه الله يجب عليه أجرة الطبيب، ومثل هذه المسألة مع هذا الاختلاف ودليلها يأتِي قبيل فصل الجنين من هذا الكتاب، وتفسير حكومة العدل مذكور في آخر فصل الشجاج من هذا الكتاب.

وقوله: لَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ، قيَّد به؛ لأنه لو بقي لها أثر ينبغي أن يجب عليه حكومة عدل؛ لأنَّها لمَّا برأت ولم يبق لها أثر صار كجنايتين مختلفتين، فكأنه ضربه تسعين سوطًا وبرأ من

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَعَفَا المَقْطُوعَةُ يَدُهُ عَنِ القَطْعِ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَى القَاطِعِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، وَإِنْ عَفَا عَنِ القَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ خَطَأً فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: إِذَا عَفَا عَنِ القَطْعِ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ أَيْضًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا عَفَا عَنِ الشَّجَّةِ ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ، لَهُمَا أَنَّ العَفْوَ عَنِ القَطْعِ عَفْوٌ عَنْ مُوجِبِهِ، وَمُوجِبُهُ القَطْعُ لَوِ اقْتَصَرَ أَوِ القَتْلُ إِذَا سَرَى، فَكَانَ العَفْوُ عَنْهُ عَفْوًا عَنْ أَحَدِ مُوجِبَيْهِ أَيُّهُمَا كَانَ، وَلِأَنَّ اسْمَ القَطْعِ يَتَنَاوَلُ السَّارِيَ

ذلك مع بقاء الأثر، فوجب عليه حكومة عدلٍ بذلك النقصان ثم الدية بالقتل.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لا يجب شيء؛ لأنه لا قيمة لمجرد الألم، ألا ترى أنه لو ضربه ضربة يتألم بها ولم تؤثر فيه لا يجب شيء، أرأيتَ لو شتمه شتمةً أكان يجب عليه أرش باعتبار إيلام حلِّ قلبه؟ كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله، وذكر بكر رحمه الله: ولا قصاص في اللَّطْمَة والوَكْزة والضربة بالسوط؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة إلا إذا رضي الضارب فإنه يستوفي؛ لأنه إنما امتنع الاستيفاء لحقه كيلا يستوفي منه بأكثر ممَّا جنى، فإذا رضي فقد أسقط حقه في الزيادة.

وفي «النوازل»: قال لآخر: يا خبيث، جاز له أن يقول: بل أنتَ لقوله تعالى: ﴿لَّا يُحِبُّ ٱللَّهُ ٱلْجَهْرَ بِٱلسُّوٓءِ﴾ [النساء: ١٤٨] الآية، وكذا في كل كلمةٍ لا توجب الحد، وقيل: معنى الآية هو الرجل يشتمك فتُشتمه، ولكن إن افترى عليك فلا تفتر عليه، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: فَكَانَ العَفْوُ عَنْهُ، أي: عن القطع.

قوله: عَفْوًا عَنْ نَوْعَيْهِ، وهما الاقتصار والسراية، فينصرف العفو إليهما كما لو قال المغصوب منه للغاصب: أبرأتك عن الغصب، يكون ذلك إبراء عن الضمان الواجب

وَالمُقْتَصَرَ فَيَكُونُ العَفْوُ عَنْ قَطْعٍ عَفْوًا عَنْ نَوْعَيْهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا عَفَا عَنِ الجِنَايَةِ فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ الجِنَايَةَ السَّارِيَةَ وَالمُقْتَصِرَةَ. كَذَا هَذَا. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ قَتْلُ نَفْسٍ مَعْصُومَةٍ مُتَقَوِّمَةٍ وَالعَفْوُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ بِصَرِيحِهِ؛ لِأَنَّهُ عَفَا عَنِ القَطْعِ وَهُوَ غَيْرُ القَتْلِ، وَبِالسِّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّ الوَاقِعَ قَتْلٌ وَحَقُّهُ فِيهِ وَنَحْنُ نُوجِبُ ضَمَانَهُ. وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ وَهُوَ القِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُوجِبُ لِلْعَمْدِ، إِلَّا أَنَّ فِي الِاسْتِحْسَانِ تَجِبُ الدِّيَةُ، لِأَنَّ صُورَةَ العَفْوِ أَوْرَثَتْ شُبْهَةً وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقَوَدِ.

وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ السَّارِيَ نَوْعٌ مِنَ القَطْعِ، وَأَنَّ السِّرَايَةَ صِفَةٌ لَهُ، بَلِ السَّارِي قَتْلٌ مِنَ الِابْتِدَاءِ، وَكَذَا لا مُوجِبَ لَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنِهِ قَطْعًا فَلَا يَتَنَاوَلُهُ العَفْوُ، بِخِلَافِ العَفْوِ

بالغصب، وهو رد العين عند قيامه، ورد القيمة بعد هلاكها، وكذلك المشتري إذا أبرأ البائع عن العيب يكون ذلك إبراء عن موجب العيب وهو الرد عند الإمكان، والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد.

ولأن اسم القطع يتناول السّاري، حتى أن من قال لغيره: اقطع يدي فقطع يده ثم سري إلى النفس لا يضمن القاطع، كذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله.

قوله: بَلِ السَّارِي قَتْلٌ مِنَ الِابْتِدَاءِ؛ لأن القتل فعل مزهق للروح، ولمَّا انزهق الروح عقيب هذا الفعل عرفنا أنه كان قتلًا، ولهذا صح العفو بلفظ الجناية؛ لأن اسم الجناية يتناول القتل وما دونه.

قوله: وَكَذَا لا مُوجِبَ لَهُ - أي: للساري، أي: القطع بطريق القصاص ليس بموجب للقطع الساري - **مِنْ حَيْثُ كَوْنِهِ قَطْعًا فَلَا يَتَنَاوَلُهُ العَفْوُ**، أي: فلا يتناول القطع الساري مجردُ العفو عن القطع مطلقًا؛ وذلك لأن المعتبر في الجنايات مآلها، ألا ترى أن أصل الفعل قد لا يكون موجبًا للقصاص، وبالسراية يتبين أنه كان موجبًا، وقد يكون أصل الفعل موجبًا للقصاص وبالسراية يتبين أنه كان غير موجبٍ، كما لو قطع يده من المفصل فسرى إلى نصف

عَنِ الجِنَايَةِ؛ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ، وَبِخِلَافِ العَفْوِ عَنِ الشَّجَّةِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ

الساعد، وباعتبار المآل هنا يتبين أنه لم يكن له حق في اليد، ألا ترى أنه بعد السراية لو قال الولي: عفوتك عن اليد لم يصح، فكذلك إذا قال قبل السراية، ولو قال المجنى عليه: عفوتك عن القتل ثم اقتصر لم يصح، فكذلك إذا قال: عفوتك عن اليد فسَرَى.

فإن قلتَ: يشكل هذا بما قال في «الجامع الصَّغير» هو: أن عبدًا لو قطع يد إنسان فصالح مولاه عن القطع على أن يدفع العبد إليه فأعتقه المجنى عليه ثمَّ ماتَ فإن العتق نافذ والعبد صلح بالجناية، فلمَّا كان الصلح عن القطع صلحًا عن السراية فكذلك العفو، وكذلك قال في «الجامع الكبير»: لو ادعى رجل على رجل شجة مع السراية وشهدَ له شاهدان: أحدهما بالشجة، والآخر بِها وبالسراية تقبل شهادتهما على الشجة، ولو لم تكن الشجة حقه بعد السراية لما قبلت الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به، وكذلك مسألة الإذن بقطع اليد فقطعه المأمور ثم سرى القطع لا يضمن، يدل على أن اسم القطع يتناول الساري، وكذلك عدم وجوب القصاص في النفس فيما إذا عفى عن القطع يدل على أن العفو عن القطع عفو عمَّا يحدث العفو عنه؛ لأنه لو جعل عفوًا عن القطع لا غير لوجب القصاص؛ لأنه ظهر أنه عفى عمَّا ليس بحق له.

قلتُ: في مسألة «الجامع الصَّغير»: لو لم يعتق العبد حتى سرى فالصلح باطل والقصاص واجبٌ عند أبي حنيفة رضي الله عنه، قيل: ما ذكر هناك جواب القياس، وقيل: بل أبو حنيفة رحمه الله يفرق ويقول: هناك الصلح مضاف إلى العبد والعبد ليس بسبب لثبوت حقه في النفس، وهذا العفو يلاقي العفو وهو القطع أو الشجة وهو سببٌ لثبوت حقه في النفس فيصير ذلك شبهة في إسقاط القود، وأمَّا مسألة «الجامع» فقيل: إنَّها قول محمد رحمه الله، ثمَّ إنما يتبين أن الحق في النفس إذا ثبتت السراية ولم يثبت؛ لأن الشاهد بها واحد وبدون السراية الحقُّ في الشجة وقد اتفق الشاهدان عليه، فتقبل شهادتهما في الشجة لذلك، وأمَّا مسألة الإذن بقطع اليد فإنما سقط الضمان عن القاطع هناك؛ لأنه لمَّا قطع يده بأمره انتقل العفو إليه وصار في التقدير كأنه قطع يد نفسه، ولو قطع يد نفسه بنفسه ومات لم يضمن أحد، فكذا هذا.

والدليل على أنه بِهذا الطريق انتفى الضمان عن القاطع؛ لأنه لو جعل هذا إذنًا بما يحدث

صَرِيحٌ فِي العَفْوِ عَنِ السِّرَايَةِ وَالقَتْلِ، وَلَوْ كَانَ القَطْعُ خَطأً فَقَدْ أَجْرَاهُ مَجْرَى العَمْدِ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ وِفَاقًا وَخِلَافًا،

منه لكان إذنًا بالقتل حينئذٍ، وفيه تجب الدية على القاطع إذا ماتَ كما لو قال: اقتلني فقتله فإن هناك تجب الدية على القاتل، وحيث انتفى الضمان هنا علمنا أنه أذن بالقطع، وأمَّا عدم وجوب القصاص فإن العفو وإن بطل معنًى من حيث أن القطع صار قتلًا، لكنه بقي صورة القطع فكان العفو معتبَرًا من حيث الصورة، وذلك يكفي في درء ما يندرئ بالشبهات، ألا ترى أن المقيم إذا سافر بعد طلوع الفجر في رمضان ثم أفطر لا كفارة عليه، وإن كان هذا السفر لا يبيح الإفطار في هذا اليوم لقيام صورته، كذا هاهُنا، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَلَوْ كَانَ القَطْعُ خَطأً فَقَدْ أَجْرَاهُ مَجْرَى العَمْدِ، حتى لو قال: عفوتك عن القطع كان عفوًا عن الدية عندهما إذا سرى في الخطأ، وعن أرش اليد عند أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: فِي هَذِهِ الوُجُوهِ، أي: الوجوه الأربعة وهي: (١) العفو عن القطع مطلقًا، (٢) والعفو عن القطع وما يحدث منه، (٣) والعفو عن الشجة، (٤) والعفو عن الجناية.

قوله: وِفَاقًا، أي: اتفاقـًا وهو في موضعين:

أحدهما: هو أن العفو عن القطع وما يحدث منه كان عفوًا عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القطع خطأ.

والثانِي: العفو عن الجناية كان عفوًا عن الدية أيضًا.

قوله: وَخِلَافًا، أي: اختلافـًا وهو في موضعين أيضًا:

أحدهما: هو أن العفو عن القطع مطلقًا يكون عفوًا عن الدية عندهما فيما إذا كان القطع خطأ، وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفوًا عن أرش اليد لا غير.

والثانِي: أن العفو عن الشجة كان عفوًا عن الدية إذا سرت الشجة عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله عن أرش الشجة.

آذَنَ بِذَلِكَ إِطْلَاقَهُ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ خَطَأً فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ العَمْدِ القَوَدُ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الوَرَثَةِ لِمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَى بِإِعَارَةِ أَرْضِهِ، أَمَّا الخَطَأُ فَمُوجِبُهُ المَالُ، وَحَقُّ الوَرَثَةِ

قوله: آذَنَ، أي: أعلم، من الإيذان.

قوله: إِطْلَاقَهُ، أي: إطلاق لفظ كتاب «الجامع الصَّغير» وهو قوله: وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَعَفَا المَقْطُوعَةُ يَدُهُ عَنِ القَطْعِ، حيث لم يتعرض العمد ولا الخطأ، فكان متناولًا لهما.

فإن قلتَ: لا نسلم بأن لفظ الكتاب مطلق، بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل جواب المسألة وهو قوله: فَعَلَى القَاطِعِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، وذلك يبين أن المراد هو القطع العمد حيث أوْجَب الدية في ماله لا على العاقلة، وبهذا الجواب يعلم أن الوضع في القطع العمد.

قلتُ: لا شك في أن وضع المسألة مطلق لا قيد فيه؛ إذ القتل غير ملفوظ، ولكن ما ذكره من الجواب جواب أحد نوعي القطع فكان تقديره: فعلى القاطع الدية في ماله إن كان القطع عمدًا.

قوله: وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ؛ لأن موجب العمد القود والقود ليس بمال، فكذلك جاز العفو عن دم العمد في حالتي الصحة والمرض من جميع المال؛ لأن دم العمد ليس بمالٍ، وبالمرض إنما يلحقه الحجر عن التصرف في ماله لحق الورثة، ففيما ليس بماله المرض والصحة فيه سواء، القاتل وغير القاتل فيه سواء، ألا ترى أنه لو أعان إنسانًا بيده لا يعتبر من ثلث ماله وإن كان ذلك الرجل قاتلًا له، كذا في «المبسوط».

قوله: كَمَا إِذَا أَوْصَى بِإِعَارَةِ أَرْضِهِ، أي: لا يتقيد جواز الإعارة بالثلث، وكذلك لو أبرأ الكفيل بالنفس عن الكفالة، أو تبرع بمنافع الدار وغيرها لا يتقيد ذلك بالثلث، فيصح ذلك سواء كان ذلك في الصحة أو في المرض.

قوله: أَمَّا الخَطَأُ فَمُوجِبُهُ المَالُ، وَحَقُّ الوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ، فإن قيل:

يَتَعَلَّقُ بِهِ فَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَتِ المَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ فَتَزَوَّجَهَا عَلَى يَدِهِ ثُمَّ مَاتَ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وَعَلَى عَاقِلَتِهَا الدِّيَةُ إِنْ كَانَ خَطأً، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِي مَالِهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ العَفْوَ عَنِ اليَدِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَفْوًا عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَهُ فَالتَّزَوُّجُ

القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث هاهُنا حتى صحَّ في نصيب القاتل أيضًا مع أن الوصية لا تصح للقاتل.

قلنا: إنما جوز ذلك؛ لأن المجروح لم يقل: أوصيتك بثلث الدية، وإنما عفى عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعًا مبتدأً وذلك جائز للقاتل، ألا ترى أنه لو وهب له شيئًا وسلم جاز، وإنما لا تجوز الوصية من جهته.

وفي «الجامع الصَّغير» لقاضي خان، والمحبوبي: هذا على قول من يقول: إن الدية تجب على العاقلة ابتداء، وأمَّا على قول من يقول: تجب الدية على القاتل وتتحمل عنه العاقلة فكذلك؛ لأنهم يتحملون عنه بطريق الحوالة وإنَّها توجب براءة ذمة الأصيل.

ولم يذكر في الكتاب: هل يبطل بمقدار ما يتحمل القاتل؟ وهو قدرُ نصيبه عند القسمة، اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا يسقط قدر نصيب القاتل، وقال بعضهم: يصح ويسقط الكل؛ لأنه لو بقي نصيبه يجعل كأن الواجب ليس إلا هذا هنا، فيتحمل عنه العاقلة، ثم هكذا وهكذا إلى أن لا يبقي شيء على القاتل في الآخرة، فأوْجَب سقوط الكل وهو الصحيح؛ وذلك لأنا لو أبطلنا الوصية في حصة القاتل كانت الوصية كلها للعاقلة، كمن أوصي لحيٍّ وميتٍ كانت الوصية للحيِّ تصحيحًا للوصية، فلو أبطلنا الوصية في حصته ابتداء يلزمنا تصحيحها في الانتهاء على ما ذكرنا، فصححناها ابتداء قصرًا للمسافة.

قوله: وَإِذَا قَطَعَتِ المَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ فَتَزَوَّجَهَا عَلَى يَدِهِ - أي: على موجب يده - ثُمَّ مَاتَ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، قيَّد بالموت في وجوب مهر المثل؛ لأنه لو لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية، ويصير أرش ذلك وهو خمسة آلاف درهم مهرًا لها بالإجماع، سواء كان القطعُ

عَلَى اليَدِ لا يَكُونُ تَزَوُّجًا عَلَى مَا يَحْدُثُ مِنْهُ.

ثُمَّ القَطْعُ إِذَا كَانَ عَمْدًا يَكُونُ هَذَا تَزَوُّجًا عَلَى القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ فَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا، لا سِيَّمَا عَلَى تَقْدِيرِ السُّقُوطِ فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ فِي مَالِهَا؛ لِأَنَّ التَّزَوُّجَ وَإِنْ كَانَ يَتَضَمَّنُ العَفْوَ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى لَكِنْ عَنِ القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتْلُ النَّفْسِ وَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ العَفْوُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ وَتَجِبُ فِي مَالِهَا؛ لِأَنَّهُ عَمْدٌ. وَالقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

عمدًا أو خطأ، تزوجها على القطع، أو على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية؛ لأنه لمَّا برأ تبيَّن أن موجبها الأرش دون القصاص؛ لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة والأرش يصلح صداقًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: ثُمَّ القَطْعُ إِذَا كَانَ عَمْدًا يَكُونُ هَذَا تَزَوُّجًا عَلَى القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ، فإن قيل: القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الطرف، فكيف يكون هذا تزوجًا على القصاص في الطرف؟ قلنا: الموجب الأصلي في العمد القصاص قضية؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]، إلا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرف الرجل والمرأة، فكان القصاص ثابتًا في الأصل.

قوله: لا سِيَّمَا عَلَى تَقْدِيرِ السُّقُوطِ، أي: سقوط القصاص؛ لأن القصاص يسقط هاهُنا؛ إمَّا لأن سقوط القصاص معلق بقبولها التزوج فلمَّا قبلت سقط القصاص، وإمَّا لأن سقوط القصاص باعتبار استحالة استيفاء القصاص على ما يذكر بُعَيد هذا إن شاء الله تعالى.

قوله: وَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتْلُ النَّفْسِ، أي: إذا سرى القطع علم أن القطع كان قتل النفس من الابتداء إلا القطع المجرد.

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أراد به قوله: لِأَنَّهُ هُوَ المُوجِبُ لِلْعَمْدِ.

وَإِذَا وَجَبَ لَهَا مَهْرُ المِثْلِ وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ تَقَعُ المُقَاصَّةُ إِنْ كَانَا عَلَى السَّوَاءِ، وَإِنْ كَانَ فِي الدِّيَةِ فَضْلٌ تَرُدُّهُ عَلَى الوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي المَهْرِ فَضْلٌ يَرُدُّهُ الوَرَثَةُ عَلَيْهَا،

قوله: وَإِذَا وَجَبَ لَهَا مَهْرُ المِثْلِ وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ تَقَعُ المُقَاصَّةُ، أي: وارث الزوج والمرأة يتقاصان.

فإن قلتَ: لِمَ لم يجب القصاص هاهُنا على المرأة مع أن القطع كان عمدًا وهو قتل من الابتداء، فإنه لمَّا مات ظهر أن الواجب هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرًا؛ لأن القصاص لا يصلح مهرًا؛ لأنه ليس بمال والمهر يجب أن يكون مالًا، ولمَّا لم يصلح القصاص مهرًا صار كأنه تزوجها ولم يذكر شيئًا وفيه القصاص، فكذا هنا.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أنه لمَّا جعل القصاص مهرًا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة، ولو استوفت المرأة القصاص إنما تستوفي عن نفسها لنفسها وذلك محال، فإن الإنسان لا يتمكن من استيفاء القصاص عن نفسه لنفسه؛ لأن الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مطالبًا للقصاص ومطالبًا به، فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء، ولمَّا سقطَ القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما إذا لم يسم ابتداءً، وحاصل ذلك ما ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله فقال: إنه لمَّا ماتَ من القطع في صورة التزوج على القطع كانت التسمية باطلة بالإجماع، أمَّا عندهما فلأن التزوج على القطع تزوج على القطع وما يحدث منه، فإذا ماتَ صار متزوجًا لها على القصاص، والقصاص ليس بمال فلا يصلح مهرًا، كما لو تزوجها على طلاق ضرتها، أو عتق أمها، وأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه تزوجها على القطع والتزوج على القطع لا يكون تزوجًا على الحادث منه، كالعفو عن القطع لا يكون عفوًا عن الحادث منه، وكان تزوجًا على القطع لا غير، وقد ظهر أن القطع لم يكن حقًّا له وإنما حقه القتل ولم يتزوجها على ما هو حقه فلم تصح التسمية.

فإن قيل: كان ينبغي أن تصح التسمية وتكون خمسة آلاف درهم مهرًا لها؛ لأن التزوج على القطع تزوج على موجبه، وموجب القطع خمسة آلاف درهم فكان متزوجًا لها على خمسة آلاف درهم ظنًّا منه بوجوبها عليه، ثم لا يبطل ذلك بظهور الأمر بخلافه، كما لو تزوجها

وَإِذَا كَانَ القَطْعُ خَطَأً يَكُونُ هَذَا تَزَوُّجًا عَلَى أَرْشِ اليَدِ، وَإِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لا أَرْشَ لِلْيَدِ وَأَنَّ المُسَمَّى مَعْدُومٌ فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى مَا فِي اليَدِ وَلا شَيْءَ فِيهَا. وَلا يَتَقَاصَّانِ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ فِي الخَطَأِ وَالمَهْرُ لَهَا.

على خمسة آلاف يظنان أن ذلك له عليها ثمَّ تصادقا أنه لم يكن عليها شيءٌ كان متزوجًا لها على خمسة آلاف، كذلك هاهُنا.

قلنا: هذا هكذا أن لو قال: تزوجتك على خمسة آلاف لي عليك، ثم ظهر أنه لم يكن عليها شيء، وهاهُنا لم يتزوجها عليها وإنما قال: تزوجتك على القطع، وقد ظهر أن القطع لم يكن حقًّا له، وإذا لم يصح ذكر القطع لم يثبت ما في ضمنه وهو خمسة آلاف درهم، فإذا بطلت التسمية فلها مهر المثل إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة.

قوله: وَإِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لا أَرْشَ لِلْيَدِ وَأَنَّ المُسَمَّى مَعْدُومٌ فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله، وأمَّا على قولهما فالمسمى موجود وتصير دية الزوج مهرًا لها؛ لأن التزوج على القطع عندهما تزوج على القطع وما يحدث منه، فلو تزوجها على القطع وما يحدث منه والجناية خطأ صارت دية الزوج كلها مهرًا لها عند الكل، كذا هاهُنا.

قوله: وَلا يَتَقَاصَّانِ، أي: ما على الزوج من المهر، وما على المرأة من الدية، لاختلاف الذمم، وإنما تقع المقاصة فيما إذا اتحدت الذمة فيما وجب عليها ووجب لها، كما إذا كان القطع عمدًا وسرى إلى النفس وهي في الصورة التي قُبيل هذه الصورة تقع المقاصة بين الدية والمهر؛ لأن الدية في تلك الصورة تجب على المرأة لا على العاقلة، ووجب المهر لها أيضًا على الزوج فاتحدت ذمة المرأة في الوجوب لها وعليها، فوقعت المقاصة بذلك بين الدية والمهر، وأمَّا في هذه الصورة وهي ما إذا كان القطع خطأً فسرى إلى النفس تجب الدية على العاقلة ووجب المهر لها، فكانت الذمم مختلفة في الوجوب لها وعليها، فلذلك لا تقع

قَالَ: (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى اليَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا أَوْ عَلَى الجِنَايَةِ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ وَالقَطْعُ عَمْدٌ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا)؛ لِأَنَّ هَذَا تَزَوُّجٌ عَلَى القِصَاصِ وَهُوَ لا يَصْلُحُ مَهْرًا فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَصَارَ كَمَا إذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ وَلا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ القِصَاصَ مَهْرًا فَقَدْ رَضِيَ بِسُقُوطِهِ بِجِهَةِ المَهْرِ فَيَسْقُطُ أَصْلًا كَمَا إذَا أَسْقَطَ القِصَاصَ بِشَرْطِ أَنْ يَصِيرَ مَالًا فَإِنَّهُ يَسْقُطُ أَصْلًا (وَإِنْ كَانَ خَطَأً يُرْفَعُ عَنِ العَاقِلَةِ مَهْرُ مِثْلِهَا، وَلَهُمْ ثُلُثُ مَا تَرَكَ وَصِيَّةً)؛ لِأَنَّ هَذَا تَزَوُّجٌ عَلَى الدِّيَةِ وَهِيَ تَصْلُحُ مَهْرًا إلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِقَدْرِ مَهْرِ المِثْلِ مِنْ جَمِيعِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ مَرِيضٌ مَرَضَ المَوْتِ وَالتَّزَوُّجُ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ وَلا يَصِحُّ فِي حَقِّ الزِّيَادَةِ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ؛ لِأَنَّهُ مُحَابَاةٌ فَيَكُونُ وَصِيَّةً فَيُرْفَعُ عَنِ العَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَحَمَّلُونَ عَنْهَا، فَمِنَ المُحَالِ أَنْ تَرجِعَ عَلَيْهِمْ بِمُوجِبِ جِنَايَتِهَا، وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ وَصِيَّةٌ لَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ

المقاصة بين الدية والمهر.

وقوله: وَلا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا، أي: لا القصاص، ولا الدية، وهو فائدة التعميم بقوله: وَلا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا، وكذلك لا شيء على عاقلة المرأة من الدية أيضًا؛ لأنَّهم لا يتحملون الدية في صورة العمد.

قوله: يُرْفَعُ عَنِ العَاقِلَةِ مَهْرُ مِثْلِهَا، - أي: قدر مثلها - وَلَهُمْ ثُلُثُ مَا تَرَكَ وَصِيَّةً، أي: وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون وصية؛ لأنَّهم يتحملون عنها الدية وتبرأ العاقلة عن ذلك وإن كان لا تصح الوصية لها؛ لأنَّها قاتلة ولا وصية للقاتل، وإن كانت الزيادة على مهر المثل إلى تمام الدية لا تخرج من ثلث ماله، فبقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة، و يعتبر ذلك وصية لهم ويؤدون الباقي إلى ورثة الزوج.

قوله: فَمِنَ المُحَالِ أَنْ تَرجِعَ عَلَيْهِمْ، أي: ترجع المرأة على العاقلة، وذكر الإمام

مِنْ أَهْلِ الوَصِيَّةِ لِمَا أَنَّهُمْ لَيْسُوا بِقَتَلَةٍ، فَإِنْ كَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ تَسْقُطُ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ يَسْقُطُ ثُلُثُهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: كَذَلِكَ الجَوَابُ فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى اليَدِ، لِأَنَّ العَفْوَ عَنِ اليَدِ عَفْوٌ عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَهُمَا فَاتَّفَقَ جَوَابُهُمَا فِي الفَصْلَيْنِ.

قَالَ: (وَمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ فَاقْتَصَّ لَهُ مِنَ اليَدِ ثُمَّ مَاتَ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ المُقْتَصُّ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الجِنَايَةَ كَانَتْ قَتْلَ عَمْدٍ وَحَقُّ المُقْتَصِّ لَهُ القَوَدُ، وَاسْتِيفَاءُ القَطْعِ لا يُوجِبُ سُقُوطَ القَوَدِ كَمَنْ كَانَ لَهُ القَوَدُ إِذَا اسْتَوْفَى طَرَفَ مَنْ عَلَيْهِ القَوَدُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّهُ فِي القِصَاصِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَى القَطْعِ فَقَدْ أَبْرَأَهُ عَمَّا وَرَاءَهُ.

وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّمَا أَقْدَمَ عَلَى القَطْعِ ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ حَقَّهُ فِيهِ وَبَعْدَ السِّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ فِي القَوَدِ فَلَمْ يَكُنْ مُبْرِئًا عَنْهُ بِدُونِ العِلْمِ بِهِ.

التمرتاشي رحمه الله: وإن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر فلا شيء على العاقلة؛ لأنَّهم إنما يتحملون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون لها.

قوله: فَاتَّفَقَ جَوَابُهُمَا فِي الفَصْلَيْنِ، أي: في التزوج على اليد، وفي التزوج على اليد وما يحدث منها، أو على الجناية، ثنى (الفَصْلَيْنِ) باعتبار المختلف والمتفق، وإلا فالفصول ثلاثة.

قوله: ثُمَّ مَاتَ - أي: المقطوع الأول من القطع - فَإِنَّهُ يُقْتَلُ المُقْتَصُّ مِنْهُ، وهو القاطع الأول.

قوله: وَاسْتِيفَاءُ القَطْعِ لا يُوجِبُ سُقُوطَ القَوَدِ؛ لأن من له القصاص في النفس إذا استوفى طرف من عليه القصاص لا يسقط حقه من القصاص في النفس، حتى لو قطع يده أولًا ثم قتله كان مسيئًا ولا شيء عليه، ألا ترى أنه لو أحرقه بالنار كان مسيئًا ولا شيء عليه، فكذا إذا قطعه ثمَّ قتله، وإذا بقي له القصاص في النفس فوارثه يقوم مقامه فيه، هذا إذا مات المقطوع الأول وهو المقتص له، فإن مات المقتص منه من القطع الثاني فديته على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا شيء عليه

قَالَ: (وَمَنْ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا فَقَطَعَ يَدَ قَاتِلِهِ ثُمَّ عَفَا وَقَدْ قُضِيَ لَهُ بِالقِصَاصِ أَوْ لَمْ يُقْضَ فَعَلَى قَاطِعِ اليَدِ دِيَةُ اليَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لا شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ فَلَا يَضْمَنُهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِتْلَافَ النَّفْسِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، وَلِهَذَا لَوْ لَمْ يَعْفُ لا يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا سَرَى وَمَا بَرَأَ أَوْ مَا عَفَا وَمَا سَرَى، أَوْ قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبْلَ البُرْءِ أَوْ بَعْدَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ قِصَاصٌ فِي الطَّرَفِ فَقَطَعَ أَصَابِعَهُ ثُمَّ عَفَا لا يَضْمَنُ الأَصَابِعَ وَلَهُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى غَيْرَ حَقِّهِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي القَتْلِ. وَهَذَا قَطْعٌ وَإِبَانَةٌ، وَكَانَ القِيَاسُ أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ

ويهدر دمه على ما يجيء بُعَيد هذا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَمَنْ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا فَقَطَعَ يَدَ قَاتِلِهِ ثُمَّ عَفَا وَقَدْ قُضِيَ لَهُ بِالقِصَاصِ أَوْ لَمْ يُقْضَ، وترديد القضاء وغير القضاء يتقدم على العفو.

وقوله: وَمَا بَرَأَ، تأكيد لقوله: سَرَى.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى غَيْرَ حَقِّهِ، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي القَتْلِ، وإنما قلنا أنه استوفى غير حقه؛ لأنه استوفى طرفًا لا حقَّ له في استيفائه من نفس متقومة فيكون مضمونًا عليه، وبيانه: أن نفس من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس فكذلك في حق من له القصاص؛ لأنه لا حق له في استيفاء الطرف؛ لأن استيفاء الطرف قطع، وقد بيَّنا أن حقه في القتل والقطع غير القتل.

فإن قلتَ: لا نسلم مغايرة القطع القتل مطلقًا في مثل هذا الحكم، ألا ترى أن شاهدين لو شهدا على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجع ضمنا لصاحب اليد يده، وإنما يضمنان ما أتلفا بشهادتهما، فدلَّ أن اليد متلفة بشهادتهم وهم ما شهدوا إلا بالقتل، فلو كان القطع غيره لما ضمنا؛ ولأن ولي القتيل في مسألتنا لو أعقب القطع قتلًا لم يضمن شيئًا، وكان ذلك باعتبار ثبوت حقه في الطرف فكذلك إذا أعقبه عفوًا؛ لأنه في العفو محسن وإحسانه لا يكون موجبًا عليه الضمان، فلو كان هكذا أدي إلى خلاف المعقول، وهو أن لا يكون قتله موجبًا

فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُتْلِفَهُ تَبَعًا، وَإِذَا سَقَطَ وَجَبَ المَالُ،

للضمان وعفوه موجب للضمان؛ ولأن القطع بعد العفو إذا سرى إلى النفس لم يضمن شيئاً، والقطع الساري أفحش من المقتصر، فإذا كان لا يضمن بعد العفو إذا سرى شيئاً فإذا اقتصر أَوْلَى أن لا يضمن شيئاً؛ وهذا لأن الأطراف تابعة للنفس، فمن ضرورة ثبوت حقه في النفس ثبوت حقه في الأطراف، كما لو استوفى جزء في قطع يد المرتد.

قلتُ: لا شكَّ أن القطع غير القتل، فإن القتل اسم لفعل يتصل بالحي تزول به روحه، والقطع اسم لإبانة العضو من الحي من غير إزالة الروح، ثم الشاهد في تلك المسألة لم يضمن له اليد؛ لأنه ما أَوْجَب اليد للمشهود له، بل لأنه أَوْجَب له قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن ضمان القطع فيضمن بإيجاب البراءة عليه بعد علة الضمان، فصار كما لو شهد على آخر بأنه أبرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا ضمنوا، ومثاله رجلان شهدا بطلاق امرأةٍ على رجل قبل الدخول بِها ثم رجعا بعد القضاء ضمنا له نصف المهر، كأنَّهما أوجبا عليه وما أوجبا فالوجوب كان بالعقد، بل أسقط النصف وجعلا كأنَّهما أَوْجبا؛ لأن هذه فرقة قبل الدخول وإنَّها مبرئة عن المهر كله لو لا ثبوتها من قبل الزوج، فهما بالإضافة إليه منعا علة البراءة عن العمل حتى لم تثبت البراءة، فصارا كأنَّهما أَوْجَبا بعد البراءة، وأمَّا ما قالوا: لو أعقب القطع قتلًا لم يضمن شيئاً، إلى آخره، فقلنا: إنما لم يضمن؛ لأن حقه في النفس والأطراف تابعة للنفس، فإنما يثبت له الحق في استيفائها تبعًا لا مقصودًا، فإذا استوفى الطرف مقصودًا كان مستوفيًا ما ليس بحق له، إلا أنه قبل العفو كان متمكناً من أن يجعله تبعًا للنفس، بأن يقتله فيكون كل واحدٍ من الفعلين قتلًا ويصير الطرف تبعاً للنفس فلا يضمن شيئاً، فأمَّا بعد العفو فقد سقطَ حقه في النفس وبقي الطرف مقصودًا بالاستيفاء، ولا حق له فيه مقصودًا فكان مضموناً عليه.

والدليل عليه أن من وجبَ له القصاص على امرأة فزنى بها يلزمه الحد، والمستوفي بالوطئ في حكم جزء من العين، فلو ثبت له الحق في أطرافها مقصودًا لصار ذلك شبهة في إسقاط الحد، فعُلِم بِهذا أن ما يتراءى خلاف المعقول إنما جاء من معنًى آخر، وهو أنه بالعفو أسقط حقه في النفس فكان ما قطعه قبل العفو واقعًا في غير محله، وتبيَّن ذلك بالعفو فكان

وَإِنَّمَا لا يَجِبُ فِي الحَالِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَصِيرَ قَتْلًا بِالسِّرَايَةِ فَيَكُونُ مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ، وَمِلْكُ القِصَاصِ فِي النَّفْسِ ضَرُورِيٌّ لا يَظْهَرُ إِلَّا عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ أَوِ العَفْوِ أَوِ الِاعْتِيَاضِ لِمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِيهِ، فَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَظْهَرْ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا سَرَى؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ. وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَعْفُ وَمَا سَرَى، قُلْنَا: إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ كَوْنُهُ قَطْعًا بِغَيْرِ حَقٍّ بِالبُرْءِ حَتَّى لَوْ قَطَعَ وَمَا عَفَا وَبَرَأَ الصَّحِيحُ أَنَّهُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَإِذَا قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبْلَ البُرْءِ فَهُوَ اسْتِيفَاءٌ وَلَوْ حَزَّ بَعْدَ البُرْءِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَالأَصَابِعُ وَإِنْ كَانَتْ تَابِعَةً قِيَامًا بِالكَفِّ فَالكَفُّ تَابِعَةٌ لَهَا غَرَضًا، بِخِلَافِ الطَّرَفِ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلنَّفْسِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

العفو مطهرًا وقوع قطعه في غير محله، فأضيف الحكم إلى المطهر.

وأمَّا جواب قوله: ولأن القطع بعد العفو لو سرى إلى النفس لم يضمن شيئًا، إلى آخره مذكور في الكتاب، وهو أن القطع لمَّا سرى إلى النفس بعد العفو تبيَّن بالسراية أن أصل فعله كان قتلًا وبالقتل كان مستوفيًا حقه، وأمَّا المرتد فقد سقطَ تقومه في نفسه وطرفه بارتداده في حق الكل، بخلاف من عليه القصاص، فإن نفسه متقومة في حق غير من له القصاص على ما ذكرنا، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الأسرار»، و«المبسوط».

وقوله: وَإِنَّمَا لا يَجِبُ فِي الحَالِ، جواب إشكال وهو أن يقال: لما استوفى غير حقه وجبَ أن يضمن في الحال.

قوله: وَمِلْكُ القِصَاصِ فِي النَّفْسِ ضَرُورِيٌّ لا يَظْهَرُ إِلَّا عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ، هذا جواب عن قولهما: إنه استوفى حقه، يعني: لمَّا كان ملك القصاص ضروريًّا بحيث لا يظهر الملك إلا في هذه الأحوال الثلاث، وهي استيفاء النفس بالقصاص، والعفو، والاعتياض، حتى تصح منه هذه الأشياء الثلاثة لا غير، فلا يصح التصرف بغير هذه الأشياء، وقطع يده مقصودًا غير هذه الأشياء الثلاثة، فلا يكون له الملك فيه بالتصرف فلا يكون القطع مقصودًا حقه، فإذا تصرف

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ القِصَاصُ فِي الطَّرَفِ إِذَا اسْتَوْفَاهُ ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ يَضْمَنُ دِيَةَ النَّفْسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: لا يَضْمَنُ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ وَهُوَ القَطْعُ، وَلا يُمْكِنُ التَّقْيِيدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ سَدِّ بَابِ القِصَاصِ، إِذِ الِاحْتِرَازُ عَنِ السِّرَايَةِ لَيْسَ فِي وُسْعِهِ فَصَارَ كَالإِمَامِ وَالبَزَّاغِ وَالحَجَّامِ وَالمَأْمُورِ بِقَطْعِ اليَدِ. وَلَهُ أَنَّهُ قَتْلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي القَطْعِ وَهَذَا وَقَعَ قَتْلًا، وَلِهَذَا

بالقطع والقطع في نفسه موجب للضمان إذا وقع في غير الملك، وفيما نحن فيه وقع القطع في غير الملك فيضمن، فأمَّا إذا لم يعف وما سرى قلنا: إنما تبيَّن كونه قطعاً بغير حقٍّ بالبرء.

وفي «الإيضاح»: وأمَّا إذا لم يعف إنما لم يجب الضمان لمانع وهو قيام الحق في النفس؛ لأنه من المستحيل أن يملك القتل فيكون الأطراف مضمونة عليه فامتنع حكم السبب لمانع، فإذا زال المانع بالعفو ظهرَ حكم السبب.

قوله: كَالإِمَامِ، أي: كالقاضي إذا قطع يد السارق فماتَ من ذلك لا شيء عليه.

قوله: وَالمَأْمُورِ بِقَطْعِ اليَدِ، يعني: إذا قال رجل لآخر: اقطع يدي فقطع يده فماتَ المقطوع يده من القطع لا شيء عليه.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ قَتْلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي القَطْعِ، وهذا قتل.

فإن قلتَ: هذا قطع ابتداءً وقصدًا؛ لأن قصده القطع دون القتل وكذلك في الابتداء إنما كان قطعًا لا قتلًا.

قلتُ: نعم كذلك إلا أن الجنايات تعتبر مآلها لا ابتداؤها، حتى أن الجناية في الابتداء إذا كانت غير موجبة للقصاص قد تنقلب موجبة له في المآل فيعتبر هو، ألا ترى أن رجلًا لو قطع يد امرأة أو قطع يدًا من نصف الساعد لم يكن عليه قصاص، فإن سرى إلى النفس يجب القصاص، وبهذا تبيَّن عند السراية هاهُنا أيضًا أن أصل الفعل كان قتلًا، لا أن يقال: كان قطعًا فصار قتلًا؛ لأن الفعل لا يتصور أن يكون على صفة ثم يصير على صفة أخرى؛ إذ

لَوْ وَقَعَ ظُلْمًا كَانَ قَتْلًا. وَلِأَنَّهُ جُرْحٌ أَفْضَى إِلَى فَوَاتِ الحَيَاةِ فِي مَجْرَى العَادَةِ وَهُوَ مُسَمَّى القَتْلِ، إِلَّا أَنَّ القِصَاصَ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَوَجَبَ المَالُ بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَا بِهِ مِنَ المَسَائِلِ إِلَّا أَنَّهُ مُكَلَّفٌ فِيهَا بِالفِعْلِ، إِمَّا تَقَلُّدًا كَالإِمَامِ أَوْ عَقْدًا كَمَا فِي غَيْرِهِ

لا بقاء له ولكن يتبين أنه كان قتلًا من الأصل وهو بمنزلة تحريك الخشبة إن لم تصب شيئًا كان تحريكًا، وإن ألقاها على ما انكسر به كان كسرًا، وإن ألقاها على حيوان فماتَ به كان قتلًا، وهاهُنا لمَّا انزهق الروح بِهذا الفعل عرفنا أنه كان قتلًا في الأصل ولا حق له في القتل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ جُرْحٌ أَفْضَى إِلَى فَوَاتِ الحَيَاةِ فِي مَجْرَى العَادَةِ، يعني: أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة.

قوله: أَوْ عَقْدًا كَمَا فِي غَيْرِهِ، وهو البزاغ، والحجام، والمأمور؛ ولأن في المأمور أقام الآمر المأمور مقام نفسه في قطع مطلق، فتحول فعله إلى الآمر وخرج القاطع عن عهدته، وكذلك الفصاد، والبزاغ، والحجام إنما أمروا بفعل مطلق، وكما فرغوا من ذلك خرجوا من عهدته فصار مسلمًا إلى من أمرهم بذلك.

قوله: إِذْ هُوَ مَنْدُوبٌ إِلَى العَفْوِ، قال الله تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وإنما يتقيد بالوسع ما يكون مستحقًّا عليه، فأمَّا ما يكون مباحًا له فلا كالمشي في الطريق، والرمي إلى الصيد، وتعزير الزوج زوجته، يتقيد بشرط السلامة وإن لم يكن في وسعه إيجاد ذلك؛ لأن ذلك غير مستحق عليه، ثم عجزه لا يكون مسقطًا حرمة صاحب النفس في نفسه، وأكثر ما في الباب أن يتقابل الحقان حق هذا في طرف وحق الآخر في نفس محترمة متقومة، فتترجح حرمة النفس على حرمة الطرف، أو تعتبر الحرمتان فلحقه في الطرف يتمكن من الاستيفاء، ولمراعاة حق الآخر في النفس يتقيد عليه بشرط السلامة، وهو بمنزلة ما لو قلع سن إنسان فاستأنى به حولًا فلم ينبت يتمكن من استيفاء القصاص، فإن استوفى القصاص ثم نبت سنُّ المقلوعة سنُّه أولًا وجب عليه أرش سن القالع لهذا المعنى، كذا في «المبسوط».

مِنْهَا. وَالوَاجِبَاتُ لا تَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ كَالرَّمْيِ إِلَى الحَرْبِيِّ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لا التِزَامَ وَلا وُجُوبَ، إِذْ هُوَ مَنْدُوبٌ إِلَى العَفْوِ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الإِطْلَاقِ فَأَشْبَهَ الِاصْطِيَادَ.

فإن قلتَ: ما الفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه بين المقتص له وبين مستعير الدابة، أو مستأجرها للركوب، إذا ماتت الدابة من ركوبه حيث لا يضمن، والمقتص له يضمن إذا سرى، مع أن كل واحدٍ منهما مأذون في ابتداء الفعل، وما الفرق له أيضًا بين المقتص له بالقتل وبين المعلم إذا ضرب صبيًّا بإذن الأب وماتَ لا يجب شيء على المعلم، بل يجب على الأب الدية، وكذا لو قطع رجل يد حربي أو مرتد ثمَّ أسلم ثمَّ سرى إلى النفس لا يضمن، والمقتص له يضمن عند السراية؟

قلتُ: أمَّا مستعير الدابة ومستأجرها إنَّما لا يضمنان وإن صار فعلهما قتلًا في الانتهاء؛ لأنَّهما مأذونان في الركوب من جهة المالك فانتقل فعلهما إليه، فصار كأن المالك ركب الدابة وماتت من ركوبه، بخلاف المقتص له؛ لما مرَّ أنه يقطع بالملك دون الإذن، ففي الإذن ينتقل الفعل إلى الآذن دون الملك.

وتحقيقه: هو أن المقتص له لمَّا كان قطعه بالملك، فلمَّا قطع قصاصًا وسرى إلى النفس كان ذلك القطع قتلًا وليس له ملك القتل فيضمن؛ لأنه تصرف في غير ملكه، وكذلك المعلم لا يضمن؛ لأنه ضرب بإذن الأب وأمر الأب المعلمَ بالضرب صحيح، فإذا ضربَ يصير الفعل منقولًا إلى الأب، فكأن الأب ضربه بنفسه حتى مات، وكان المعلم بمنزلة الآلة له، وإذا ضرب الأب بنفسه وماتَ تجب الدية على الأب، فكذا هنا.

بخلاف المقتص له بالقطع، فإنه يقطع بحكم الملك، وفي قطع يد الحربي والمرتد إنما لا يضمن القاطع وإن سرى؛ لأن القطع بالسراية يصير قتلًا من الابتداء، ولو قتله ابتداء في تلك الحالة لم يضمن فكذا إذا صار قتلًا في الانتهاء؛ لأنه مستند إلى ابتداء القطع، إلى هذا أشار في «الجامع الصَّغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الإِطْلَاقِ فَأَشْبَهَ الِاصْطِيَادَ، أي: الإباحة، والإباحة تتقيد بوصف السلامة؛ بدليل أنه لو رمى إلى صيد فأصاب إنسانًا يضمن، كذا هاهُنا، والله تعالى أعلم.

(بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتْلِ)

قَالَ: (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ حَاضِرٌ وَغَائِبٌ فَأَقَامَ الحَاضِرُ البَيِّنَةَ عَلَى القَتْلِ ثُمَّ قَدِمَ الغَائِبُ فَإِنَّهُ يُعِيدُ البَيِّنَةَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يُعِيدُ (وَإِنْ كَانَ خَطأً لَمْ يُعِدْهَا بِالإِجْمَاعِ) وَكَذَلِكَ الدَّيْنُ يَكُونُ لِأَبِيهِمَا عَلَى آخَرَ.

باب الشهادة في القتل

لمَّا كانت الشهادة في القتل شيئًا متعلقًا بالقتل نفسه، أوْرَدها بعد ما ذكر أحكام القتل؛ لأن متعلق الشيء كان أدنى درجة من نفس ذلك الشيء.

قوله: وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ حَاضِرٌ وَغَائِبٌ، إلى أن قال: فَإِنَّهُ يُعِيدُ البَيِّنَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: لَا يُعِيدُ، وأصل ذلك الاختلاف راجع إلى أن استيفاء القصاص في الأصل حق من هو؟ فوقع عند أبي حنيفة رحمه الله أنه حق الوارث، ووقع عندهما أنه حق المورث.

ولا يستقيم الاستدلال لهم بالصحة العفو، فإن العفو عن القصاص في جواب الاستحسان كما يصح عن المورث المجروح كذلك يصح من الوارث حال حياة المورث؛ لأنه ذكر في «الإيضاح»: وإذا عفى المجروح ثم مات فالقياس أن لا يصح عفوه؛ لأن القتل بعد لم يوجد وإنما جوزوا ذلك استحسانًا؛ لأن سببه قد وجد فصح العفو لوجود سببه.

ولو أن الوارث عفا قبل موت المجروح فالقياس أن لا يصح عفوه؛ لأن حقه يثبت بعد الموت، فإذا عفا قبل الثبوت له لا يصح.

ويجوز في الاستحسان؛ لأن الحق ثبت للوارث ابتداءً لا بطريق الخلافة عنه فيصح

لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ القِصَاصَ طَرِيقُهُ طَرِيقُ الوِرَاثَةِ كَالدَّيْنِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَنْ نَفْسِهِ فَيَكُونُ المِلْكُ فِيهِ لِمَنْ لَهُ المِلْكُ فِي المُعَوَّضِ كَمَا فِي الدِّيَةِ، وَلِهَذَا لَوِ انْقَلَبَ مَالًا يَكُونُ لِلْمَيِّتِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ بِعَفْوِهِ بَعْدَ الجُرْحِ قَبْلَ المَوْتِ فَيَنْتَصِبُ أَحَدُ الوَرَثَةِ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ.

وَلَهُ أَنَّ القِصَاصَ طَرِيقُهُ الخِلَافَةُ دُونَ الوِرَاثَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مِلْكَ القِصَاصِ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَالمَيِّتُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ وَالدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ المِلْكِ

بعد وجود السبب، فلمَّا وقع عند أبي حنيفة رحمه الله أن القصاص حق الوارث فأحد الورثة لا يكون قائمًا مقام غيره في إثبات حقه؛ لأنه ليس توكيل عنه فيعيد الغائب البينة إذا حضر، ولمَّا كان القصاص عندهما في الأصل حق المورث انتصب أحد الورثة خصمًا في إثبات حقوق الميت كما في الدين، وقد حصل ذلك بإقامة الحاضر البينة فلا يحتاج الغائب إلى إعادتها إذا حضر.

قوله: لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَنْ نَفْسِهِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥].

قوله: وَلِهَذَا لَوِ انْقَلَبَ مَالًا يَكُونُ - المال - لِلْمَيِّتِ، حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه، وللمرأة حق في القصاص وإنَّها لا تملك شيئًا من حقوق الزوج إلا بطريق الوراثة، فثبتَ أن القصاص حق المقتول، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَلَهُ أَنَّ القِصَاصَ طَرِيقُهُ الخِلَافَةُ دُونَ الوِرَاثَةِ، والفرق بينهما هو أن طريق الوراثة أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث، وطريق الخلافة أن يثبت الملك لمن تخلف ابتداءً، كالعبد إذا اتهب فإنه يثبت الملك للمولى ابتداءً بطريق الخلافة؛ لأن العبد ليس بأهل للملك، كذا وجدتُ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: وَالمَيِّتُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، أي: من أهل القصاص؛ لأن القصاص ملك الفعل ولا يتصور

فِي الأَمْوَالِ، كَمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَتَعَلَّقَ بِهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ، وَإِذَا كَانَ طَرِيقُهُ الإِثْبَاتَ ابْتِدَاءً لا يَنْتَصِبُ أَحَدُهُمْ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ فَيُعِيدُ البَيِّنَةَ بَعْدَ حُضُورِهِ (فَإِنْ كَانَ أَقَامَ القَاتِلُ البَيِّنَةَ أَنَّ الغَائِبَ قَدْ عَفَا فَالشَّاهِدُ خَصْمٌ وَيَسْقُطُ القِصَاصُ)؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَى الحَاضِرِ سُقُوطَ حَقِّهِ فِي القِصَاصِ إِلَى مَالٍ، وَلا يُمْكِنُهُ إِثْبَاتُهُ إِلَّا بِإِثْبَاتِ العَفْوِ مِنَ الغَائِبِ فَيَنْتَصِبُ الحَاضِرُ خَصْمًا عَنِ الغَائِبِ (وَكَذَلِكَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ قُتِلَ عَمْدًا وَأَحَدُ الرَّجُلَيْنِ غَائِبٌ فَهُوَ عَلَى هَذَا) لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ الأَوْلِيَاءُ ثَلاثَةً فَشَهِدَ اثْنَانِ مِنْهُمْ عَلَى الآخَرِ أَنَّهُ قَدْ عَفَا فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ وَهُوَ عَفْوٌ مِنْهُمَا)؛ لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ بِشَهَادَتِهِمَا إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَغْنَمًا وَهُوَ انْقِلَابُ

الفعل من الميت، أو أن شرعية القصاص للتشفي ودرك الثأر، والميت ليس من أهل ذلك.

ولأن الحياة التقديرية التي هي إبقاء الحي حيًّا وهي المعنى من شرعية القصاص إنما يتحقق في حق الورثة لا في حق الميت، وأيد ذلك كله قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، وهذا نصٌّ في الباب، أو لما ثبت حق القصاص للوارث ابتداءً من هذه الوجوه، وثبتَ للمورث أيضًا من حيث أن السبب انعقد في حقه، ومن حيث أن القصاص بدل نفسه، لكن رجحنا هاهُنا حق الوارث وقلنا باشتراط إعادة البينة إذا حضر الوارث الغائب احتياطًا للدرء.

قوله: كَمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً، أي: للاصطياد.

قوله: وَإِذَا كَانَ طَرِيقُهُ الإِثْبَاتَ ابْتِدَاءً، أي: إثبات القصاص للورثة ابتداءً إلا أنه يثبت للميت ثم ينتقل إلى الورثة.

قوله: فَالشَّاهِدُ خَصْمٌ، أي: فالحاضر خصم.

قوله: لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ بِشَهَادَتِهِمَا إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَغْنَمًا، هذا تعليل لقوله: فَشَهَادَتُهُمَا

القَوَدِ مَالًا (فَإِنْ صَدَّقَهُمَا القَاتِلُ فَالدِّيَةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا) مَعْنَاهُ: إِذَا صَدَّقَهُمَا وَحْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُمَا فَقَدْ أَقَرَّ بِثُلُثَيِ الدِّيَةِ لَهُمَا فَصَحَّ إِقْرَارُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَدَّعِي سُقُوطَ حَقِّ المَشْهُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ فَلَا يُصَدَّقُ وَيَغْرَمُ نَصِيبَهُ (وَإِنْ كَذَّبَهُمَا فَلَا شَيْءَ لَهُمَا وَلِلْآخَرِ ثُلُثُ الدِّيَةِ) وَمَعْنَاهُ: إِذَا كَذَّبَهُمَا القَاتِلُ أَيْضًا، وَهَذَا لِأَنَّهُمَا أَقَرَّا عَلَى أَنْفُسِهِمَا بِسُقُوطِ القِصَاصِ فَقُبِلَ وَادَّعَيَا انْقِلَابَ نَصِيبِهِمَا مَالًا فَلَا يُقْبَلُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَيَنْقَلِبُ

بَاطِلَةٌ، وأمَّا تعليل قوله: وَهُوَ عَفْوٌ مِنْهُمَا، فمتروك وهو ما ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله فقال: وتكون شهادتهما عفوًا منهما؛ لأنَّهما زعما أن القود قد سقط، وزعمهما معتبر في حقهما.

قوله: فَإِنْ صَدَّقَهُمَا القَاتِلُ، ... مَعْنَاهُ: إِذَا صَدَّقَهُمَا وَحْدَهُ، وحاصل ذلك أن الوجوه منقسمة على أقسام أربعة على القسمة العقلية، وذلك إما أن يصدقهما المشهود عليه والقاتل جميعًا، أو يكذبهما المشهود عليه والقاتل جميعًا، أو يكذبهما المشهود عليه ويصدقهما القاتل، أو على العكس.

وقوله: مَعْنَاهُ: إِذَا صَدَّقَهُمَا وَحْدَهُ، أي: صدق القاتل الشاهدين وحده وكذبهما المشهود عليه في شهادتهما بعفو الثالث، وإنما قيد بهذا؛ لأنه إذا صدق الشاهدين القاتل والمشهود عليه يضمن القاتل ثلثي الدية للشاهدين لا غير؛ لأنهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه، ولا يضمن المشهود عليه شيئًا؛ لأنه أقرَّ بالعفو حيث صدق الشاهدين في شهادتهما بالعفو، فصار كما لو ثبت ذلك عيانًا.

قوله: وَإِنْ كَذَّبَهُمَا فَلَا شَيْءَ لَهُمَا، أي: وإن كذبهما المشهود عليه، معناه: إذا كذبهما القاتل أيضًا، وإنما قيد بهذا؛ لأنه إذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم أثلاثـًا؛ وذلك لأنَّهما حينئذٍ أقرَّا بسقوط القصاص وانقلاب نصيبهما مالًا، وقد أقرَّ القاتل بذلك على تقدير تصديق القاتل فيلزمه ثلثا الدية لهما، وثلث الدية للمشهود عليه؛ لأنه ما أقرَّ بسقوط القصاص وإنما سقط للقصاص بإقرار غيره.

وفي بعض النُّسَخ معناه: إذا كذبهما المشهود عليه أيضًا فحينئذٍ كان معنى قوله: وَإِنْ

نَصِيبُ المَشْهُودِ عَلَيْهِ مَالًا؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُمَا العَفْوَ عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ العَفْوِ مِنْهُمَا فِي حَقِّ المَشْهُودِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ سُقُوطَ القَوَدِ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا، وَإِنْ صَدَّقَهُمَا المَشْهُودُ عَلَيْهِ وَحْدَهُ غَرِمَ القَاتِلُ ثُلُثَ الدِّيَةِ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ لِإِقْرَارِهِ لَهُ بِذَلِكَ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ ضَرَبَهُ فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَعَلَيْهِ القَوَدُ إِذَا كَانَ عَمْدًا)؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالشَّهَادَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً، وَفِي ذَلِكَ القِصَاصُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى قَتْلِ العَمْدِ تَتَحَقَّقُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ، لِأَنَّ المَوْتَ بِسَبَبِ الضَّرْبِ إِنَّمَا يُعْرَفُ إِذَا صَارَ بِالضَّرْبِ صَاحِبُ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ، وَتَأْوِيلُهُ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِشَيْءٍ جَارِحٍ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ شَاهِدَا القَتْلِ فِي الأَيَّامِ أَوْ فِي البَلَدِ أَوْ فِي الَّذِي كَانَ بِهِ القَتْلُ فَهُوَ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ القَتْلَ لا يُعَادُ وَلا يُكَرَّرُ، وَالقَتْلُ فِي زَمَانٍ أَوْ فِي مَكَان غَيْرُ القَتْلِ فِي زَمَانٍ

كَذَّبَهُمَا، أي: وإن كذبهما القاتل.

قوله: وَإِنْ صَدَّقَهُمَا المَشْهُودُ عَلَيْهِ وَحْدَهُ، يعني: وكذبهما القاتل كان على القاتل ثلث الدية للمشهود عليه يأخذه من القاتل ويدفعه إلى الشاهدين فيكون بينهما، وما أقرَّ به القاتل للمشهود عليه، أي: لم يثبت ما أقرَّ به القاتل للمشهود عليه بتكذيبه.

قوله: وَتَأْوِيلُهُ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِشَيْءٍ جَارِحٍ، فإن قيل: الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح، ولكن الضرب قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنَّهم لم يشهدوا أنه كان متعمدًا.

قلنا: لمَّا شهدوا أنه ضربه بالسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه؛ لأنه لو كان مخطئًا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه، وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه، كذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ القَتْلَ لا يُعَادُ وَلا يُكَرَّرُ، فكان كل واحدٍ منهما شاهدًا بقتل على حدة، فلا يثبت

أَوْ مَكَانٍ آخَرَ، وَالقَتْلُ بِالعَصَا غَيْرُ القَتْلِ بِالسِّلَاحِ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ عَمْدٌ وَالأَوَّلَ شِبْهُ العَمْدِ، وَيَخْتَلِفُ أَحْكَامُهُمَا فَكَانَ عَلَى كُلِّ قَتْلٍ شَهَادَةٌ فَرْدٌ (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ بِعَصًا وَقَالَ الآخَرُ لا أَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ المُطْلَقَ يُغَايِرُ المُقَيَّدَ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ قَتَلَهُ وَقَالا: لا نَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ فَفِيهِ الدِّيَةُ اسْتِحْسَانًا) وَالقِيَاسُ أَنْ لا تُقْبَلَ هَذِهِ الشَّهَادَةُ؛ لِأَنَّ القَتْلَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ فَجُهِلَ المَشْهُودُ بِهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمْ شَهِدُوا بِقَتْلٍ مُطْلَقٍ وَالمُطْلَقُ لَيْسَ بِمُجْمَلٍ فَيَجِبُ أَقَلُّ مُوجِبَيْهِ وَهُوَ الدِّيَةُ؛ وَلِأَنَّهُ يُحْمَلُ إِجْمَالُهُمْ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى إِجْمَالِهِمْ بِالمَشْهُودِ عَلَيْهِ سِتْرًا

أحدهما لانعدام نصاب الشهادة فيه.

ولأن القاضي تيقن بكذب أحدهما؛ لأنه بعد ما قتل في يوم في مكان لا يتصور أن يقتل في يوم آخر ولا في مكان آخر، فبعد ما تيقن القاضي بكذب الشاهد لا يجوز له أن يقضي بشهادته، وكذلك لو شهد شاهد على رجل بالقتل خطأ وشهد الآخر على إقرار القاتل بذلك فهذا باطل أيضًا؛ لأنَّهما اختلفا في المشهود به، فإن أحدهما يشهد بفعل والآخر بقول والقول غير الفعل، وواحد منهما لا يثبت عند القاضي إلا باتفاق الشاهدين عليه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ بِعَصًا وَقَالَ الآخَرُ لا أَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ؛ لأن المقضى به إن القتل بعصا تجب الدية على العاقلة، والمقضى به إن كان لا يعلم بماذا قتله الدية في ماله، كذا ذكره شيخ الإسلام.

قوله: وَالمُطْلَقُ لَيْسَ بِمُجْمَلٍ، فإن المطلق ممكن العمل، ألا ترى أن الله تعالى أوجب الكفارة بتحرير رقبة مطلقة ووجب العمل به، ولو كان مجهولًا لما وجبَ العمل به، كذا ذكره الإمام الكشاني رحمه الله.

قوله: وَلِأَنَّهُ يُحْمَلُ إِجْمَالُهُمْ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى إِجْمَالِهِمْ بِالمَشْهُودِ عَلَيْهِ، هذه صنعة لفظية حسنة، فالأول من الإجمال في الحساب بمعنى الإبهام، والثاني من الإجمال في الصنعة

عَلَيْهِ. وَأَوَّلُوا كَذِبَهُمْ فِي نَفْيِ العِلْمِ بِظَاهِرِ مَا وَرَدَ بِإِطْلَاقِهِ فِي إِصْلَاحِ ذَاتِ البَيْنِ وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ، فَلَا يَثْبُتُ الِاخْتِلَافُ بِالشَّكِّ، وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي الفِعْلِ العَمْدُ فَلَا يَلْزَمُ العَاقِلَةُ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانًا فَقَالَ الوَلِيُّ: قَتَلْتُمَاهُ جَمِيعًا فَلَهُ أَنْ يَقْتُلَهُمَا، وَإِنْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانًا وَشَهِدَ آخَرُونَ عَلَى آخَرَ بِقَتْلِهِ وَقَالَ

وهو الإحسان، هذا كله جواب لإشكال يرد على جواب الاستحسان وهو أن يقول: ينبغي أن لا تقبل شهادتهم؛ لأن الشهود في قولهم: لا ندري أصادقون أم كاذبون، فعلى الوجهين لا تقبل شهادتهم؛ لأنَّهم إن صدقوا لا يمكن القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل، وقال في جوابه بأنَّهم جُعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف، لكنهم بقولهم: لا ندري، اختاروا حسنة الستر على القاتل، فأحسنوا له بالإحياء، وجعل كذبهم هذا معفوًّا عند الله تعالى؛ لما جاء في الحديث: «ليس بكذاب من يصلح بين اثنين»، فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم.

قوله: وَأَوَّلُوا كَذِبَهُمْ - أي: الشهود - ... بِظَاهِرِ مَا وَرَدَ بِإِطْلَاقِهِ، أي: بتجويزه من الحديث وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ليس بكذاب من أصلح بين اثنين»، كذا ذكره الإمام الكشاني رحمه الله.

قوله: وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ، أي: ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل في معنى إصلاح ذات البين، بجامع أن العفو مندوب هاهُنا كما أن الإصلاح مندوب هناك، فكان ورود الإطلاق والتجويز هناك ورودًا هنا.

قوله: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانًا فَقَالَ الوَلِيُّ: قَتَلْتُمَاهُ جَمِيعًا فَلَهُ أَنْ يَقْتُلَهُمَا، وكذلك لو قال الولي لأحدهما: أنت قتلتَه، كان له أن يقتله؛ لأنَّهما تصادقا على وجوب القصاص عليه.

الوَلِيُّ: قَتَلْتُمَاهُ جَمِيعًا بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ) وَالفَرْقُ أَنَّ الإِقْرَارَ وَالشَّهَادَةَ يَتَنَاوَلُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وُجُودَ كُلِّ القَتْلِ وَوُجُوبَ القِصَاصِ، وَقَدْ حَصَلَ التَّكْذِيبُ فِي الأُولَى مِنَ المُقِرِّ لَهُ وَفِي الثَّانِيَةِ مِنَ المَشْهُودِ لَهُ، غَيْرَ أَنَّ تَكْذِيبَ المُقِرِّ لَهُ المُقِرَّ فِي بَعْضِ مَا أَقَرَّ بِهِ لا يُبْطِلُ إِقْرَارَهُ فِي البَاقِي، وَتَكْذِيبُ المَشْهُودِ لَهُ الشَّاهِدَ فِي بَعْضِ مَا شَهِدَ بِهِ يُبْطِلُ شَهَادَتَهُ أَصْلًا؛ لِأَنَّ التَّكْذِيبَ تَفْسِيقٌ وَفِسْقُ الشَّاهِدِ يَمْنَعُ القَبُولَ، أَمَّا فِسْقُ

فإن قلتَ: الفرق بين قوله: قتلتما، وبين قوله: صدقتما، في هذه الصورة حيث لم يكن له أن يقتل واحدًا منهما في قوله: صدقتما؟ كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن قوله: صدقتما، كقوله لكل واحدٍ منهما: أنت قتلتَه وحدك، وفي تصديق كل واحدٍ منهما تكذيب للآخر في الجميع وهو تكذيب لهما حينئذٍ، بخلاف قوله: قتلتماه؛ لأنه لمَّا أقرَّ كل واحدٍ منهما بكل القتل صدق الولي بقوله: قتلتما كل واحدٍ منهما في نصف القتل، والتكذيب في نصف ما أقرَّ به لا يبطل الإقرار.

أمَّا التكذيب في كل ما أقرَّ به يبطل الإقرار؛ لأنه حينئذٍ يكون ردًّا لإقراره، والإقرار يرتد بالرد، إلى هذا أشار الإمام التمرتاشي رحمه الله، ثم قال: ولو أقرَّ أحدهما بقتل عمدٍ وقامت البينة على الآخر بمثل ذلك فادعى الولي عليهما له أن يقتل المقر ولا شيء على الآخر؛ لأنه كذب المقر في النصف ولا يبطل إقراره في الثاني، وذلك يكفي للقصاص، وكذب الشاهد في النصف فبطلت الشهادة في الباقي؛ لأن التكذيب تفسيق للشاهد، وكذا لو أقرَّ أحدهما بقتل خطأ وقامت البينة على آخر بمثل ذلك فادعى الولي عليهما، فعلى المقر نصف الدية في ماله ولا شيء على الآخر، ولو ادعى كله على المقر فالدية على المقر في ماله، ولو ادعى ذلك كله على المشهود عليه فالدية على عاقلته لثبوته عليه بالبينة.

وفي قوله: غَيْرَ أَنَّ تَكْذِيبَ المُقِرِّ لَهُ المُقِرَّ فِي بَعْضِ مَا أَقَرَّ بِهِ لا يُبْطِلُ إِقْرَارَهُ فِي البَاقِي، قيَّد ببعض ما أقرَّ به احترازًا عن تكذيب المقر له المقر في كل ما أقرَّ به، فإن ذلك رد لإقراره فلا يصح الإقرار به على ما ذكرنا.

المُقِرِّ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ.

وأمَّا التكذيب في البعض لا يبطل الإقرار، بخلاف الشهادة فإن التكذيب فيها مبطل للشهادة سواء كان التكذيب في الكل أو في البعض.

وذكر الإمام الكشانِي: ألا ترى أن رجلًا لو أقرَّ بألف درهم وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف أن الإقرار صحيح فيما صدقه، ولو كان ذلك في الشهادة لبطلت الشهادة كلها، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابٌ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ القَتْلِ

قَالَ: (وَمَنْ رَمَى مُسْلِمًا فَارْتَدَّ المَرْمِيُّ إِلَيْهِ وَالعِيَاذُ بِاللهِ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَعَلَى الرَّامِي الدِّيَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: لا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بِالِارْتِدَادِ أَسْقَطَ تَقَوُّمَ نَفْسِهِ فَيَكُونُ مُبْرِئًا لِلرَّامِي عَنْ مُوجِبِهِ كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ بَعْدَ الجُرْحِ قَبْلَ المَوْتِ.

وَلَهُ أَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِفِعْلِهِ وَهُوَ الرَّمْيُ إِذْ لا فِعْلَ مِنْهُ بَعْدُ فَتُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ

باب في اعتبار حالة القتل

لمَّا كانت الأحوال صفات تعتري ذا الحال بعد وجوده، ذكر أحوال القتل بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق بها.

قوله: فَعَلَى الرَّامِي الدِّيَةُ، أي: لورثة المرتد.

قوله: لِأَنَّهُ بِالِارْتِدَادِ أَسْقَطَ تَقَوُّمَ نَفْسِهِ فَيَكُونُ مُبْرِئًا لِلرَّامِي عَنْ مُوجِبِهِ؛ لأن من له الحق متى أخرج المتقوم عن التقوم يصير مبرئًا الضامن عن الضمان، فإن المغصوب منه متى أعتق المغصوبَ يصير مبرئًا الغاصبَ عن الضمان، ولو أبرأه عن الجناية، أو عن حقه ثم أصابه السهم لا يجب عليه شيء، فكذلك هاهُنا، كذا في «الجامع الصغير» لصدر الإسلام.

وبهذا يعلم أن معنى قوله في الكتاب: كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ بَعْدَ الجُرْحِ قَبْلَ المَوْتِ، أي: إبراء المرمى عليه الرامي عن الجناية، أو عن حقه، ثم أصابه السهم فماتَ كان الإبراء صحيحًا.

قوله: فَتُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ، وهذا في مسائل، فإن المرمى لو كان كافرًا وقت الرمي ثم

وَالمَرْمِيِّ إِلَيْهِ فِيهَا مُتَقَوِّمٌ. وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الحِلِّ حَتَّى لا يَحْرُمَ بِرِدَّةِ الرَّامِي بَعْدَ الرَّمْيِ، وَكَذَا فِي حَقِّ التَّكْفِيرِ حَتَّى جَازَ بَعْدَ الجُرْحِ قَبْلَ المَوْتِ. وَالفِعْلُ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَالقَوَدُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ وَوَجَبَتِ الدِّيَةُ.

(وَلَوْ رَمَى إِلَيْهِ وَهُوَ مُرْتَدٌّ فَأَسْلَمَ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَكَذَا إِذَا رَمَى حَرْبِيًّا فَأَسْلَمَ)؛ لِأَنَّ الرَّمْيَ مَا انْعَقَدَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لِعَدَمِ تَقَوُّمِ المَحِلِّ

أسلم وقت الإصابة لا يجب شيء، وكذا لو قضى على رجل بالرجم فرماه رجل ثم رجع الشهود ثم أصابه، وكذا لو رمى إلى صيد ثم ارتدَّ ثم أصاب حل؛ لأنه فعله ذكاة شرعًا وقد تمَّ موجبًا للحل بشرطه وهو التسمية، ألا ترى أن الرامي لو ماتَ قبل إصابة السهم ثمَّ أصاب لم يكن بأكله بأسٌ، فكذلك إذا ارتد، وإن رمى كافر ثم أسلم ثم أصابَ لم يحل، وكذا لو رمى محرم ثم حل ثم أصاب فعليه الجزاء، وإن رمى حلال ثم أحرم ثم أصاب لا جزاء عليه، وكذا لو رمى إلى صيدٍ ثم رماه آخر فأصابه الأول فأخرجه عن الصيدية، ثم أصابه الثاني فقتله حل؛ لأنه حين رماه الثاني لم يكن الصيد خارجًا عن الصيدية، ولم يعتبر حالة الإصابة.

وهما يقولان بقول أبي حنيفة رحمهم الله في أن المعتبر حالة الرمي، ولهذا وافقاه في هذه المسائل، إلا أن المرمى إليه في مسألتنا لمَّا ارتد صار مبرئًا الرامي عن الدية بإخراجه نفسه من أن يكون معصومًا، وفعله مُعتبر في إسقاط حقه، كما إذا أبرأ المغصوب منه الغاصبَ بإعتاق المغصوب على ما ذكرنا، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول: فقولهما أنه بالارتداد صار مبرئًا عن ضمان الجناية غير صحيح؛ لأن في اعتقاد المرتد الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئًا عن ضمان الجناية، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، والتمرتاشي، والمحبوبي رحمهم الله تعالى.

قوله: وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الحِلِّ، أي: في الصيد.

قوله: وَكَذَا فِي حَقِّ التَّكْفِيرِ حَتَّى جَازَ بَعْدَ الجُرْحِ قَبْلَ المَوْتِ، فصار كأنه قتله حين جرحه، وفي مسألتنا أيضًا يصح التكفير قبل الإصابة؛ لأنه ذكر في «الجامع الصغير» لقاضي

فَلَا يَنْقَلِبُ مُوجِبًا لِصَيْرُورَتِهِ مُتَقَوِّمًا بَعْدَ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَإِنْ رَمَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ فَضْلُ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مَرْمِيًّا إِلَى غَيْرِ مَرْمِيٍّ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. لَهُ أَنَّ العِتْقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، وَإِذَا انْقَطَعَتْ بَقِيَ مُجَرَّدُ الرَّمْيِ وَهُوَ جِنَايَةٌ يَنْتَقِصُ بِهَا قِيمَةُ المَرْمِيِّ إِلَيْهِ بِالإِضَافَةِ إِلَى مَا قَبْلَ الرَّمْيِ فَيَجِبُ ذَلِكَ. وَلَهُمَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاتِلًا مِنْ وَقْتِ الرَّمْيِ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ الرَّمْيَ وَهُوَ مَمْلُوكٌ فِي تِلْكَ الحَالَةِ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ، بِخِلَافِ القَطْعِ وَالجُرْحِ؛ لِأَنَّهُ

خان رحمه الله: فيصير قاتلًا من وقت الرمي، ولهذا لو كانت الجناية خطأً فكفر بعد الرمي قبل الإصابة صحَّ تكفيره.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: عَلَيْهِ فَضْلُ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مَرْمِيًّا إِلَى غَيْرِ مَرْمِيٍّ، حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعد الرمي ثمان مائة يلزمه مائتا درهم.

قوله: لَهُ أَنَّ العِتْقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، ألا ترى أن من قطع يد عبد إنسان خطأً ثم أعتقه مولاه ثمَّ مات لا يجب عليه قيمة النفس، وإنما يجب عليه أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى أن عتَقَ، دلَّ أن العتق يبطل سراية الجناية، وهو بنفس الرمي صار جانيًا على هذا الشخص تقديرًا، فتبطل جنايته فلا تجب عليه قيمته كاملًا، غير أنه يضمن فضل ما بين قيمته مرميًّا إلى قيمته غير مرمي؛ لأن الرمي يوجب النقصان فيوجب ضمان النقصان كالقطع.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاتِلًا مِنْ وَقْتِ الرَّمْيِ، ثمَّ الفرق لأبي يوسف رحمه الله بين هذه الصورة وبين المسألة الأولى، وهي ما إذا رمى مسلمًا فارتد المرمى إليه ثم وقع به السهم فليس على الرامي شيء عنده اعتبارًا لوقت الإصابة، وهاهُنا جعل قيمة العبد للمولى اعتبارًا لوقت الرمي، هو أن المرمى إليه بالارتداد خرج من أن يكون معصومًا فصار مبرئًا له عن الجناية؛ لما أن الردة تنافي العصمة فلا يجب الضمان للمنافي، وأمَّا هاهُنا فالمعترض على المرمى

إِتْلَافُ بَعْضِ المَحِلِّ، وَأَنَّهُ يُوجِبُ الضَّمَانَ لِلْمَوْلَى، وَبَعْدَ السِّرَايَةِ لَوْ وَجَبَ شَيْءٌ لَوَجَبَ لِلْعَبْدِ فَتَصِيرُ النِّهَايَةُ مُخَالِفَةً لِلْبِدَايَةِ. أَمَّا الرَّمْيُ قَبْلَ الإِصَابَةِ لَيْسَ بِإِتْلَافِ شَيْءٍ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لا أَثَرَ لَهُ فِي المَحَلِّ. وَإِنَّمَا قَلَّتِ الرَّغَبَاتُ فِيهِ فَلَا يَجِبُ بِهِ ضَمَانٌ فَلَا تَتَخَالَفُ النِّهَايَةُ وَالبِدَايَةُ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى. وَزُفَرُ وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي وُجُوبِ القِيمَةِ نَظَرًا إِلَى حَالَةِ الإِصَابَةِ فَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا حَقَّقْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ فَرَمَاهُ رَجُلٌ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ الحَجَرُ فَلَا شَيْءَ عَلَى الرَّامِي)؛ لِأَنَّ المُعْتَبَرَ حَالَةُ الرَّمْيِ وَهُوَ مُبَاحُ الدَّمِ فِيهَا.

(وَإِذَا رَمَى المَجُوسِيُّ صَيْدًا ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ وَقَعَتِ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ رَمَاهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ثُمَّ تَمَجَّسَ وَالعِيَاذُ بِاللهِ أُكِلَ)؛ لِأَنَّ المُعْتَبَرَ حَالُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الحِلِّ وَالحُرْمَةِ إِذِ الرَّمْيُ هُوَ الذَّكَاةُ فَتُعْتَبَرُ الأَهْلِيَّةُ وَانْسِلَابُهَا عِنْدَهُ.

(وَلَوْ رَمَى المُحْرِمُ صَيْدًا ثُمَّ حَلَّ فَوَقَعَتِ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ فَعَلَيْهِ الجَزَاءُ، وَإِنْ رَمَى

إليه ليس إلا العتق، وإنه لا ينافي وجوب الضمان فتجب عليه قيمته للمولى، وقد ذكرنا أنه يوافق أبا حنيفة رحمه الله في أن الاعتبار لوقت الرمي، لكن في مسألة الارتداد جعل الارتداد بمنزلة الإبراء، والإبراء عن الضمان بعد تحقق السبب صحيح على ما ذكرنا، هذا كله ممَّا أشار إليه الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: أَمَّا الرَّمْيُ قَبْلَ الإِصَابَةِ لَيْسَ بِإِتْلَافِ شَيْءٍ مِنْهُ، فلا يجب به الضمان، ولكن انعقد الرمي علة تامة لإيجاب الضمان عند الاتصال بالمحل، وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب إلى وقت الانعقاد فلم يوجد مخالفة النهاية البداية، بخلاف الجرح؛ فإن هناك اتصلت العلة بالمحل ووجب ضمان الجرح للمولى في الحال، وعند السراية لو قلنا بضمان

حَلَالٌ صَيْدًا ثُمَّ أَحْرَمَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالتَّعَدِّي وَهُوَ رَمْيُهُ فِي حَالَةِ الإِحْرَامِ، وَفِي الأَوَّلِ هُوَ مُحْرِمٌ وَقْتَ الرَّمْيِ وَفِي الثَّانِي حَلَالٌ فَلِهَذَا افْتَرَقَا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

النفس كان ذلك الضمان للعبد الميت فخالفت النهاية البداية، فلذلك وقع الإعتاق قاطعاً للسراية هناك، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الدِّيَاتِ

كتاب الديات

ذكر مسائل الديات بعد ذكر مسائل الجنايات التي توجب القصاص ظاهر التناسب؛ لما أن الدية إحدى موجبي الجناية؛ لأن موجبيها القصاص والدية، لكنه قدم أحكام القصاص على الديات، إمَّا إشارةً إلى أن موجب القتل هو القصاص عينًا كما هو مذهبنا، لكن للولي العدول إلى الدية، وإمَّا لأن معنى الإحياء والصيانة في إيجاب القصاص أكثر، فقدم ما هو أكثر تصونًا به؛ لأن الأصل هو الصيانة، وإمَّا لأن وجوب الدية فيما كان فيه من العوارض كالخطأ، أو في معنى الخطأ، فالعوارضُ مؤخرة عن الأصول، فكذلك ما يتعلق بها من المسائل كانت مؤخرة عمَّا يتعلق من المسائل المتعلقة بالأصول.

وأمَّا المحاسن فهي المحاسن المذكورة في القصاص، تذكرها هنا مع زيادة معنى إحياء القاتل هاهُنا، وهو إبقاؤه حيًّا كما كان.

ثمَّ الدية لغة مصدر من ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك المال: الدية، تسميةً بالمصدر، فكان التاء في آخرها عوضًا عن الواو في أولها كالعدة، والعظه، وتقول في الأمر منه: دِ دِيَا دُوا، ومنه الحديث: «قوموا فدُوه»، وأصل التركيب يدل على معنى الجري والخروج، ومنه الوادي؛ لأن الماء يدي فيه، أي: يجري ويسيل.

ثم اعلم بأن القتل بغير حق من أعظم الجنايات بعد الإشراك بالله تعالى، قال الله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]؛

قَالَ: (وَفِي شِبْهِ العَمْدِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ عَلَى العَاقِلَةِ وَكَفَّارَةٌ عَلَى القَاتِلِ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي أَوَّلِ الجِنَايَاتِ.

قَالَ: (وَكَفَّارَتُهُ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] الآيَةُ (فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) بِهَذَا النَّصِّ (وَلا يُجْزِئُ فِيهِ الإِطْعَامُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ وَالمَقَادِيرُ تُعْرَفُ بِالتَّوْقِيفِ؛ وَلِأَنَّهُ جَعَلَ المَذْكُورَ كُلَّ الوَاجِبِ بِحَرْفِ الفَاءِ، أَوْ لِكَوْنِهِ كُلَّ المَذْكُورِ عَلَى مَا عُرِفَ (وَيُجْزِئُهُ رَضِيعُ أَحَدِ أَبَوَيْهِ

وذلك لأن في قتل النفس إفساد العالم ونقض البنية، ومثل هذا الفساد من أعظم الجنايات، ومعلوم أن الجاني مزجور عن الجناية، إلا أنه لو وقع الاقتصار على الزجر بالوعيد في الآخرة ما انزجر إلا أقل القليل، فإن أكثر الناس إنما ينزجرون عن مخافة العاجلة بالعقوبة، وذلك بما يكون متعلقًا بالجاني أو محققًا به، فشرع الله القصاص والدية لتحقيق معنى الزجر، وهذا الكتاب لبيان ذلك، وقد سمَّاه محمد رحمه الله كتاب الديات؛ لأن وجوب الدية بالقتل أعم من وجوب القصاص، فإن الدية تجب في الخطأ، وشبه العمد، وفي العمد عند تمكن الشبهة، وكذلك الدية تتنوع أنواعًا والقصاص لا يتنوع، فلهذا رجح جانب الدية في نسبة الكتاب إليها هاهُنا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ جَعَلَ المَذْكُورَ كُلَّ الوَاجِبِ بِحَرْفِ الفَاءِ، يعني: لمَّا دخل الفاء على هذا الواجب عُلِم به أن هذا المذكور هو كل الواجب؛ لأن بدخول الفاء يعلم أنه جزاء الشرط المذكور قبله، وهو إنما يكون جزاءً أن لو كان كل الجزاء، وإلا لا يكون جزاءً، حتى لو قال الرجل لامرأته: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق، ومن نيته أن يقول: وعبده حرٌّ ولكنه لم يقل ذلك، لا يكون ذلك الذي هو غير مذكور جزاءً، فكذلك هاهُنا ينبغي أن يكون المذكور كل الجزاء.

قوله: أَوْ لِكَوْنِهِ كُلَّ المَذْكُورِ، يعني: لو كان غيره مرادًا به لذكر؛ لأنه موضع الحاجة إلى البيان، وحيث لم يذكر دلَّ على أنه غير مرادٍ؛ لأن السكوت عن البيان في موضع الحاجة

مُسْلِمٌ)؛ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ بِهِ وَالظَّاهِرُ بِسَلَامَةِ أَطْرَافِهِ (وَلا يُجْزِئُ مَا فِي البَطْنِ)؛ لِأَنَّهُ لا تُعْرَفُ حَيَاتُهُ وَلا سَلَامَتُهُ.

قَالَ: (وَهُوَ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَأِ) لِمَا تَلَوْنَاهُ (وَدِيَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ أَرْبَاعًا: خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ أَثْلَاثًا:

إلى البيان بيان.

قوله: وَالظَّاهِرُ بِسَلَامَةِ أَطْرَافِهِ، أي: يشترط في رقبة الكفارة سلامة الأطراف من اليد، والرجل، والعين، واللسان، فيكتفى في الطفل الرضيع بظاهر الحال من سلامة الأطراف؛ لأن الظاهر من حاله أن أطرافه سليمة.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما ذكره بعد هذا **بقوله:** وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ إِذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّتُهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ، حيث لم يكتف هناك بظاهر الحال بأن هذه الأعضاء سليمة حتى يجب على القاطع خطأ دية كاملة.

قلتُ: قد ذكر هناك **بقوله:** وَالظَّاهِرُ لا يَصْلُحُ حَجَّةً لِلْإِلْزَامِ، أي: لإلزام الدية، وهاهُنا الحاجة إلى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع؛ ولأنه إذا عاش هاهُنا ولم يقطع أطرافه يعلم سلامة أطرافه، وأمَّا هناك لمَّا قطعت أطرافه لم يظهر لنا سلامة أطرافه لا في حال القطع ولا بعد القطع، وفي الإعتاق لم ينسد باب حدوث السلامة فافترقا.

قوله: وَهُوَ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَأِ، أي: عتق رقبة مؤمنة الذي ذكرناه في شبه العمد وهو الكفارة في الخطأ.

قوله: وَدِيَتُهُ، أي: ودية شبه العمد، وإنما قيَّد به؛ لأن دية الخطأ المحض مائة من الإبل أخماسًا على ما يجيء، وهذا دية شبه العمد فيجب فيه الدية أرباعًا.

وقوله: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، فالإقتصار بذكر أبي حنيفة مخالف لعامة روايات

ثَلَاثُونَ جَذَعَةً وَثَلَاثُونَ حِقَّةً، وَأَرْبَعُونَ ثَنِيَّةً، كُلُّهَا خَلِفَاتٌ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا، لِقَوْلِهِ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ أَرْبَعُونَ مِنْهَا فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا» وَعَنْ عُمَرَ – رَضِيَ اللهُ عَنْهُ –: ثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً؛ وَلِأَنَّ دِيَةَ شِبْهِ العَمْدِ أَغْلَظُ وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَا.

وَلَهُمَا قَوْلُهُ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – «فِي نَفْسِ المُؤْمِنِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ» وَمَا رَوَيَاهُ

الكتب من «المبسوط»، و«الأسرار»، و«الإيضاح»، و«الذخيرة» وغيرها، فإن المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، بنصب بِنْتَ، وكذا في غيرها؛ لأن مميز أحد عشر إلى تسعة وتسعين يجيء منصوبًا لما عرف.

الخلفة: الحامل من النوق، وجمعها مخاض من غير لفظها وقد يقال: خَلِفَاتٌ، فعلى هذا التفسير كان قوله: فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا، صفة مقررة كما في قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ما أبقته الفرائض فلأولى رجل ذكر».

قوله: وَلِأَنَّ دِيَةَ شِبْهِ العَمْدِ أَغْلَظُ، أي: من دية الخطإ المحض، فإن الإبل فيه تجب أخماسًا على ما يجيء، وهاهُنا لا تجب أخماسًا بالإجماع، فعُلِم بذلك أن جانب التغليظ روعي هاهُنا ثم قال محمد والشافعي رحمهما الله: فيما قلنا جانب التغليظ أكثر رعاية ممَّا قلتم؛ لأنا نقول: لم تجب الإبل في شبه العمد أثلاثًا، وأنتم تقولون تجب فيه أرباعًا؛ لأنه قال في «المبسوط»:

وأمَّا في شبه العمد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تجب من الإبل أرباعًا على ما ذكر في الكتاب، وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه، وقال محمد والشافعي رحمهما الله: تجب أثلاثًا: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون ما بين ثنية إلى بازل كلها خلفة، وهو قول عمر، وزيد، والمغيرة بن شعبة، وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهم.

قوله: وَمَا رَوَيَاهُ غَيْرُ ثَابِتٍ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ فِي صِفَةِ التَّغْلِيظِ، فإن

غَيْرُ ثَابِتٍ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فِي صِفَةِ التَّغْلِيظِ، وَابْنُ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَالَ بِالتَّغْلِيظِ أَرْبَاعًا كَمَا ذَكَرْنَا وَهُوَ كَالمَرْفُوعِ فَيُعَارَضُ بِهِ.

قَالَ: (وَلا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إلّا فِي الإِبِلِ خَاصَّةً)؛ لِأَنَّ التَّوْقِيفَ فِيهِ، فَإِنْ قَضَى بِالدِّيَةِ فِي غَيْرِ الإِبِلِ لَمْ تَتَغَلَّظْ لِمَا قُلْنَا. قَالَ: (وَقَتْلُ الخَطَأِ تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ وَالكَفَّارَةُ عَلَى القَاتِلِ) لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ.

عمر، وزيدًا، والمغيرة بن شعبة، وأبا موسى الأشعري رضي الله عنهم قالوا كما ذكر محمد والشافعي، وقال علي رضي الله عنه: تجب أثلاثًا: ثلاثة وثلاثون حقة، وثلاثة وثلاثون جذعة، وأربعة وثلاثون خلفة، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: تجب أرباعًا كما ذكرنا.

وذكر في «شرح الأقطع» ما رواه محمد والشافعي رحمهما الله، ثم قال: هذا الخبر معارض بقول ابن مسعود رضي الله عنه، ولا مدخل للرأي في تقديرات الشرع، فلا بد من أن يكون مسموعًا، وإذا تعارض الخبران كان الأخذ بالتيقن أَوْلَى.

وذكر في «المبسوط»: وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله احتجا بحديث السائب بن زيد رضي الله عنه: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قضى في الدية بمائة من الإبل أرباعًا»، ومعلوم أنه لم يرد بها الخطأ؛ لأنَّها في الخطأ تجب أخماسًا، فعرفنا أن المراد به شبه العمد، وقال: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»، والمراد أدنى ما يكون منه وما قلناه أدنى، والمعنى فيه أنه إنما تجب الدية عوضًا عن المقتول، والحامل لا يجوز أن تستحق في شيء من المعاوضات لوجهين:

أحدهما: أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها.

والثاني: أن الجنين من وجه كالمنفصل، فيكون هذا في معنى إيجاب الزيادة على المائة عددًا، وبالاتفاق صفة التغليظ ليست من العدد بل من حيث السن، ثم الديات تعتبر بالصدقات والشرع نَهى عن أخذ الحوامل في الصدقات؛ لأنَّها كرائم أموال الناس فكذلك في الديات؛ وهذا لأن في شبه العمد يجب على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل

قَالَ: (وَالدِّيَةُ فِي الخَطَأِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ أَخْمَاسًا عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ ابْنَ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ حِقَّةً وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَأَخَذْنَا نَحْنُ وَالشَّافِعِيُّ بِهِ لِرِوَايَتِهِ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَضَى فِي قَتِيلٍ قُتِلَ خَطَأً أَخْمَاسًا» عَلَى نَحْوِ مَا قَالَ؛ وَلِأَنَّ مَا قُلْنَاهُ أَخَفُّ فَكَانَ أَلْيَقَ بِحَالَةِ الخَطَإِ لِأَنَّ الخَاطِئَ مَعْذُورٌ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَقْضِي بِعِشْرِينَ ابْنَ لَبُونٍ مَكَانَ ابْنِ مَخَاضٍ وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ.

بمنزلة الصدقات.

وأمَّا الحديث الذي رُوي وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، فيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها» فلا يكاد يصح؛ لأن ما ذكره رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم في حجة الوداع في خطبته كان بمحضر من جماعة، ولم يَرْو هذا الحديث إلا النعمان بن بشير، وهو في ذلك الوقت في عداد الصبيان، وقد خفي هذا الحديث على كبار الصحابة رضي الله عنهم حتى اختلفوا فيما بينهم على أقاويل كما بيَّنا، ولم تجر المحاجَّة بينهم بالحديث، ولو كان صحيحًا لما اختلفوا مع هذا النص ولاحتج بعضهم به على البعض.

قوله: وَلِأَنَّ مَا قُلْنَاهُ أَخَفُّ، وهو إقامة ابن مخاض مقام ابن لبون.

قوله: وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو رواية ابن مسعود رضي الله عنه: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قضى في قتيل قتل خطأ أخماسًا»، على نحو ما قال بإقامة ابن مخاض مقام ابن لبون، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»، واسم الإبل مطلقًا يتناول أدنى ما يكون منه، وابن المخاض أدنى من ابن اللبون.

ولأن الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة ابنة المخاض في الزكاة، وإيجاب ابن اللبون هاهُنا في معنى إيجاب أربعين من ابنة المخاض، وذلك لا يجوز بالإجماع، كذا في «المبسوط».

قَالَ: (وَمِنَ العَيْنِ أَلْفُ دِينَارٍ وَمِنَ الوَرِقِ عَشَرَةُ آلافِ دِرْهَمٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مِنَ الوَرِقِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَضَى بِذَلِكَ. وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَضَى بِالدِّيَةِ فِي قَتِيلٍ بِعَشَرَةِ آلافِ دِرْهَمٍ».

وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ قَضَى مِنْ دَرَاهِمَ كَانَ وَزْنُهَا وَزْنَ سِتَّةٍ وَقَدْ كَانَتْ كَذَلِكَ.

قوله: وَمِنَ العَيْنِ أَلْفُ دِينَارٍ وَمِنَ الوَرِقِ عَشَرَةُ آلافِ دِرْهَمٍ، أي: وللقاتل الخيار يؤدي أيّ نوع شاء من الأنواع الثلاثة: الإبل، والدراهم، والدنانير، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ قَضَى مِنْ دَرَاهِمَ كَانَ وَزْنُهَا وَزْنَ سِتَّةٍ، وهكذا ذكر أيضًا في «الإيضاح».

وذكر في «الأسرار»: وما رواه الشافعي قضية في حادثة فتحمل على حال ما كانت الدراهم على وزن خمسة، فإنَّها كانت على ذلك في الأغلب إلى عهد عُمر رضي الله عنه فأبطل عُمر ذلك الوزن، وأمَّا ما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم جعل الدية عشرة آلاف» فهو نصبُ شريعة.

وذكر شيخ الإسلام في «مبسوطه»: يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستةٍ إلا شيئًا، إلا أنه أضيف الوزنُ إلى ستة لما كان قريبًا منه كما يقال: يملك فلان مائتي درهم، وإن كان لا يملك ذلك إذا كان يملك قريبًا منه.

وفي «الأسرار» في وجه ترجيح مذهبنا: والواجب في الجنين عشر قيمة الأم عند الشافعي رحمه الله، وعندنا عشر قيمتها إن كان أنثى، والواجب خمسمائة بالنص والإجماع، فعُلِم أن الكل خمسة آلاف.

ولأنا أجمعنا أنَّها من الذهب ألف دينار والدينار مقوم شرعًا بعشرة دراهم على أصولنا، كما في نصاب السرقة دينارٌ أو عشرة دراهم، وكذلك في الصداق، ويستدل أيضًا بموضع الوفاق، فإن الزكاة إنما تجبُ في المال الكثير دون القليل، ثم الشرع قدر نصاب

قَالَ: (وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِنْ هَذِهِ الأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا مِنْهَا وَمِنَ البَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ، وَمِنَ الغَنَمِ أَلْفَا شَاةٍ، وَمِنَ الحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانِ)؛ لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - هَكَذَا جَعَلَ عَلَى أَهْلِ كُلِّ مَالٍ مِنْهَا.

وَلَهُ أَنَّ التَّقْدِيرَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ بِشَيْءٍ مَعْلُومِ المَالِيَّةِ، وَهَذِهِ الأَشْيَاءُ مَجْهُولَةُ المَالِيَّةِ وَلِهَذَا لا يُقَدَّرُ بِهَا ضَمَانٌ، وَالتَّقْدِيرُ بِالإِبِلِ عُرِفَ بِالآثَارِ المَشْهُورَةِ وَعَدِمْنَاهَا فِي

الفضة بمائتي درهم، ونصاب الذهب بعشرين مثقالًا، فيصير كل دينار بعشرة دراهم.

قوله: وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِنْ هَذِهِ الأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا مِنْهَا وَمِنَ البَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ، إلى آخره.

وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز، كما لو صالح على أكثر من مائتي فرسٍ، وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل، وعلى رواية كتاب المعاقل: لا يجوز الصلح على أكثر من مائتي بقرة على قول أبي حنيفة رحمه الله أيضًا كما هو قولهما.

قال بعض مشايخنا: في المسألة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله، إلى هذا أشار في «الذخيرة»، و«المغني».

الحُلَّة: إزار ورداء هو المختار، وقيل: في ديارنا قميص وسراويل.

قوله: وَالتَّقْدِيرُ بِالإِبِلِ عُرِفَ بِالآثَارِ، هذا جواب شبهة ترد على قوله: وَهَذِهِ الأَشْيَاءُ مَجْهُولَةُ المَالِيَّةِ وَلِهَذَا لا يُقَدَّرُ بِهَا ضَمَانٌ، بأن يقال: ينتقض ما ذكرته هذا بتقدير ضمان الدية بالإبل مع أنَّها مجهول المالية؛ لأنَّها من ذوات القيم، فقال في جوابها: إن ذلك ثبت بالآثار المشهورة كقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «فِي نَفْسِ المُؤْمِنِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ»، وقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل»، وقول ابن

غَيْرِهَا. وَذُكِرَ فِي المُعَاقِلِ أَنَّهُ لَوْ صَالَحَ عَلَى الزِّيَادَةِ عَلَى مِائَتَيْ حُلَّةٍ أَوْ مِائَتَيْ بَقَرَةٍ لا يَجُوزُ، وَهَذَا آيَةُ التَّقْدِيرِ بِذَلِكَ. ثُمَّ قِيلَ: هُوَ قَوْلُ الكُلِّ فَيَرْتَفِعُ الخِلَافُ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُهُمَا.

قَالَ: (وَدِيَةُ المَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ) وَقَدْ وَرَدَ هَذَا اللَّفْظُ مَوْقُوفًا عَلَى عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَمَرْفُوعًا إِلَى النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا دُونَ الثُّلُثِ لا يَتَنَصَّفُ، وَإِمَامُهُ فِيهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -،

مسعود رضي الله عنه: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قضى في قتيل قتل خطإ أخماسًا».

قوله: وَذُكِرَ فِي المُعَاقِلِ، أي: في كتاب معاقل «المبسوط» أورد هذا على طريق الشبهة على قول أبي حنيفة رحمه الله، حيث قال في كتاب المعاقل: إنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاةٍ، أو على أكثر من مائتي بقرة، أو على أكثر من مائتي حُلَّة، لا يجوز الصلح ولم يذكر الخلاف فيه، فكان هذا دليلًا على أن هذه الأصناف الثلاثة من الأصول المقدَّرة في الدية عنده أيضًا، كما هي عندهما كذلك؛ لأنه لو لم تكن هذه الأصناف أصولًا في الدية لجاز الصلح على أكثر من مائتي حلةٍ، كما جاز الصلح على أكثر من مائتي فرس على ما ذكرنا من رواية «الذخيرة»، فعُلم بهذا أن قوله: وَلا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِنْ هَذِهِ الأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، لا يصح على رواية كتاب المعاقل، فقال في جوابه وجهين:

أحدهما: أنه صحح الشبهة فقال: نعم كذلك تلك الرواية - أعني: رواية الخلاف - غير صحيحة، بل الصحيح رواية كتاب المعاقل، والخلاف بينهم ليس بثابت، بل هذه الأنواع - أي: البقر، والغنم، والحلل - في الدية من الأصول المقدرة.

والثاني: أنه لم يصحح الشبهة وقال: الخلاف فيها ثابت كما هو المذكور في الكتاب، وما ذكر في كتاب المعاقل محمول على قولهما.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: مَا دُونَ الثُّلُثِ - أي: ثلث الدية، والصواب أن يقال:

وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ بِعُمُومِهِ، وَلِأَنَّ حَالَهَا أَنْقَصُ مِنْ حَالِ الرَّجُلِ وَمَنْفَعَتُهَا أَقَلُّ، وَقَدْ ظَهَرَ أَثَرُ النُّقْصَانِ بِالتَّنْصِيفِ فِي النَّفْسِ فَكَذَا فِي أَطْرَافِهَا وَأَجْزَائِهَا اعْتِبَارًا بِهَا وَبِالثُّلُثِ وَمَا فَوْقَهُ.

قَالَ: (وَدِيَةُ المُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: دِيَةُ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَدِيَةُ المَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَقَالَ مَالِكٌ: دِيَةُ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ

وقال الشافعي: الثلث وما دونه - لا يُتَنَصَّفُ، وذكر في ديات «المبسوط»: وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول: إنها تُعاقل الرجل إلى ثُلث ديتها، يعني: إذا كان الأرش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء، فإن زاد على الثلث فحينئذٍ حالها فيه على النصف من حال الرجل.

وبيانه فيما حُكي عن ربيعة قال: قلتُ لسعيد بن المسيب: ما تقول في من قطع أصبع امرأة؟ قال: عليه عشر من الإبل، قلتُ: فإن قطع أصبعين منها؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلتُ: فإن قطع ثلاثة أصابع؟ قال: عليه ثلاثون من الإبل، قلتُ: فإن قطع أربعة أصابع؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلتُ: سبحان الله لمَّا كثر ألمها واشتد مصابها قلَّ أرشها؟ فقال: أعراقيّ أنتَ؟ فقلتُ: لا بل جاهل مسترشد، أو عاقل مستثبت، فقال: إنه السنة.

وبهذا أخذ الشافعي رحمه الله، وقال: السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، ويروون حديثًا أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية».

وحجتنا في ذلك ما ذكره ربيعة فإنه قال: لو وجبَ بقطع ثلاثة أصابع منها ثلاثون من الإبل ما سقط بقطع الأصبع الرابع عشر من الواجب؛ لأن تأثير القطع في إيجاب الأرش لا في إسقاطه، فهذا شيء يحيله العقل، ثم بالإجماع بدلُ نفسها على النصف من بدل نفس الرجل، والأطراف تابعة للنفس، وإنما تكون تابعة إذا أخذنا حكمها من حكم النفس لا إذا أفردناها بحكم آخر.

سِتَّةُ آلافِ دِرْهَمٍ، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «عَقْلُ الكَافِرِ نِصْفُ عَقْلِ المُسْلِمِ» وَالكُلُّ عِنْدَهُ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا. وَلِلشَّافِعِيِّ مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - جَعَلَ دِيَةَ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةَ آلافِ دِرْهَمٍ، وَدِيَةَ المَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ» . وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «دِيَةُ كُلِّ ذِي عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ أَلْفُ دِينَارٍ» وَكَذَلِكَ قَضَى أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - لَمْ يُعْرَفْ رَاوِيهِ وَلَمْ يُذْكَرْ فِي كُتُبِ الحَدِيثِ، وَمَا رَوَيْنَاهُ أَشْهَرُ مِمَّا رَوَاهُ مَالِكٌ فَإِنَّهُ ظَهَرَ بِهِ عَمَلُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -.

وقول سعيد: إنه السنة، يعني: سنة زيد، وقد أفتى كبار الصحابة رضي الله عنهم بخلافه، والحديث رُوي نادرٌ، ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن إثباته بالشاذ النادر.

وذكر في «المختلفات»: تساوي المرأة الرجل عند الشافعي رحمه الله إلى ثلث دية النفس، ويعود إلى النصف بعد ذلك، وكذلك في **قوله**: اعْتِبَارًا بِهَا وَبِالثُّلُثِ وَمَا فَوْقَهُ، ولكن الصواب أن يقال: اعتبارًا بها وبما فوق الثلث؛ لأن المرأة تساوي الرجل في ثلث دية النفس عنده على ما ذكرنا من رواية «المبسوط»، وإنما لا تساوي الرجل فيما فوق الثلث.

قوله: فَإِنَّهُ ظَهَرَ بِهِ عَمَلُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وهو ما روى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم ودى العامريين الذين كان لهما عهد من رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، وقتلهما عمرو بن أمية الضمري بمائة من الإبل».

وعن الزهري: «أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم»، وعن ابن مسعود رضي الله عنه: «دية الذمي مثل دية المسلم»، وعن الزهري أيضًا: «كانت دية الذمي مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، وأبي بكر، وعمر، وعثمان رضي الله عنهم، فلمَّا كان زمن معاوية جعلها على النصف»، وعن علي رضي

....

الله عنه: «إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا»، وما يُروى بخلاف هذا من الصحابة لا يعارض هذه المشاهير من الآثار.

ولنا أيضًا قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢]، والمراد به ما هو المراد من قوله في قتل المؤمن: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢].

فإن قلتَ: لو تمسك الخصم بقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠]، وقوله: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُۥنَ﴾ [السجدة: ١٨]، وبقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «المسلمون تتكافؤ دماؤهم»، دلَّ على أن دماء غيرهم لا تتكافؤ؛ ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة، وإذا كانت الدية تنتقص بصفة الأنوثة فبالكفر أوْلَى.

ولأن بدل النفس ينتقص بالرق، والرق أثر من آثار الكفر وأثر الشيء دون أصله، فلأَن ينتقص بأصل الكفر كان أوْلَى.

ولأن الشرع أوْجَب الدية بسبب الحقن وحقن الذمي أنقص؛ لأن حقن المسلم بسبب الإسلام وحقن الذمي بالذمة، والإسلام فوق الذمة فيجب أن يكون حق المسلم أقوى من حقن الذمي، وذلك لا يكون إلا بأن يزاد في بدل دم من كان حقنه أزْيَد، ما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا الآيات فقد ذكرنا الجواب عنها مرَّة في حق القصاص في كتاب الجنايات، بأن المرادَ بنفي المساواة بينهما في حق أحكام الآخرة دون أحكام الدنيا.

أمَّا قوله: أن نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة، قلنا: نعم كذلك، إلا أن نقصان الدية لا باعتبار نقصان الأنوثة، بل باعتبار نقصان المرأة في المالكية، ولهذا تنصف بالأنوثة لتنصف في المالكية، فإن المرأة أهل لملك المال دون ملك النكاح، وانتقص بنقصان الرق لخروجه من أن يكون أهلًا لمالكية المال ولمالكية النكاح بنفسه؛ وهذا لأن وجوب الدية لإظهار خطر

....

المحل وصيانته عن الهدر، وهذا الخطر باعتبار صفة المالكية، إذا ثبتَ هذا فنقول: لا تأثير للكفر في نقصان المالكية فتستوي دية الكافر بدية المسلم، فعُلِم بِهذا أن انتقاص بدل النفس بسبب الرق بسبب انتقاص الرقيق في المالكية، لا باعتبار أن الرق أثر من آثار الكفر، والذمي يساوي المسلم في مالكية المال والنكاح فيساويه في بدل النفس.

وأمَّا اعتبارهم نقصان الدية عن الإسلام في هذه المسألة فساقط أصلًا؛ لأن الإحراز بدارنا سبب التقويم، والقيمة لا تختلف باختلاف الأسباب التي يستحق بِها صاحبها الضمان، ألا ترى أن المالك يستحق قيمة ماله بملكه هبةً وإرثًا وشراءً على نمطٍ واحدٍ، وإن كان بعضها أقوى في اللزوم من البعض، وكذلك الذمي والحربي المستأمن والمسلم سواء في استحقاق قيم أموالهم إذا وقع التعدي عليها، وإنما يظهر الضعف فيما يسقط بالشبهة من نحو القصاص والحد دون الدية، إلى هذا كله أشار في «المبسوط»، و«الأسرار»، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ)

قَالَ: (وَفِي النَّفْسِ الدِّيَةُ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ، وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ) وَالأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ المُسَيِّبِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ «فِي النَّفْسِ الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ، وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ» وَهَكَذَا هُوَ فِي الكِتَابِ الَّذِي

فصل فيما دون النفس

لمَّا ذكر حكم النفس التي هي الأصل، ذكر في هذا الفصل حكم ما دون النفس الذي هو التبع؛ لأن الأطراف تبع للنفس فكان ذكر التبع بعد ذكر الأصل لا محالة.

قوله: وَفِي النَّفْسِ الدِّيَةُ، معناه: بسبب إتلاف النفس، فإن حرف (في) للظرفية حقيقةً، والنفس لا تكون ظرفًا للدية، بل قتلها سبب لوجوب الدية كما يقال: في النكاح حل وفي الشراء ملك، كذا في ديات «المبسوط».

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، أي: في أوائل الجنايات بقوله: وَالدِّيَةُ مُغَلَّظَةٌ عَلَى العَاقِلَة، إلى آخره.

المَارِنِ: ما دون قصبة الأنف وهو ما لانَ منه.

فالحاصل أن ما لا ثاني له في البدن من أعضاءٍ، أو معانٍ مقصودة فبإتلافها يجب كمال الدية، والأعضاء على أربعة أنواع:

(١) فمنها ما هو أفراد (٢) ومنها ما هو مزدوج (٣) ومنها ما هو أرباع (٤) ومنها ما

كَتَبَهُ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -. وَالأَصْلُ فِي الأَطْرَافِ أَنَّهُ إِذَا فَوَّتَ جِنْسَ مَنْفَعَةٍ عَلَى الكَمَالِ أَوْ أَزَالَ جَمَالًا مَقْصُودًا فِي الآدَمِيِّ عَلَى الكَمَالِ يَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ لِإِتْلَافِهِ النَّفْسَ مِنْ وَجْهٍ وَهُوَ مُلْحَقٌ

هو أعشار.

فالأعضاء التي هي أفراد ثلاثة: الأنف، واللسان، والذكر، فإتلافها كإتلاف النفس في أنه يجب بإتلافها كمال الدية؛ لأن في قطع الأنف تفويت جمال كامل، ومنفعة كاملة، وامتياز الآدمي من سائر الحيوانات بها، فتفويتها في معنى تفويت النفس، ثم كما تجب الدية بقطع جميع الأنف تجب بقطع المارن؛ لأن تفويت الجمال به يحصل، وكذلك تفويت المنفعة فإن المنفعة في الأنف اجتماع الروائح في قصبة الأنف لتعلو منها إلى الدماغ، وذلك يفوت بقطع المارن، وكذلك في اللسان، والذكر الدية على ما ذكر في الكتاب.

والمعاني التي هي أفراد في البدن: العقل، والبصر، والشم، والذوق، ففي كل واحد منهما دية كاملة.

وأمَّا الأعضاء التي هي أزواج في البدن: العينان، والأذنان، والشاخصتان، والحاجبان، والشفتان، واليدان، وثديا المرأة، والأنثيان، والرجلان، ففي قطعهما كمال الدية، وفي أحدهما نصف الدية.

وأمَّا الأعضاء التي هي أرباع في البدن، ففي أشفار العين يجب في كل شفر ربع الدية على ما يجيء بيانه.

وأمَّا التي هي أعشار في البدن: فالأصابع، أي: أصابع اليدين والرجلين، فإن قطع أصابع اليدين يوجب كمال الدية، وفي كل أصبع عشر الدية.

وأمَّا الأعضاء التي تزيد على ذلك في البدن فهي الأسنان، يجب في كل سن نصف عشر الدية، هذا حاصل ما ذكره في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَالأَصْلُ فِي الأَطْرَافِ أَنَّهُ إِذَا فَوَّتَ جِنْسَ مَنْفَعَةٍ عَلَى الكَمَالِ أَوْ أَزَالَ جَمَالًا

بِالإِتْلَافِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ تَعْظِيمًا لِلْآدَمِيِّ. أَصْلُهُ قَضَاءُ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالدِّيَةِ كُلِّهَا فِي اللِّسَانِ وَالأَنفِ، وَعَلَى هَذَا تَنْسَحِبُ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ فَنَقُولُ: فِي الأَنْفِ الدِّيَةُ لِأَنَّهُ أَزَالَ الجَمَالَ عَلَى الكَمَالِ وَهُوَ مَقْصُودٌ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ المَارِنَ أَوِ الأَرْنَبَةَ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَوْ قَطَعَ المَارِنَ مَعَ القَصَبَةِ لا يُزَادُ عَلَى دِيَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّهُ عُضْوٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا اللِّسَانُ لِفَوَاتِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَهُوَ النُّطْقُ، وَكَذَا فِي قَطْعِ بَعْضِهِ إِذَا مَنَعَ الكَلَامَ لِتَفْوِيتِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَإِنْ كَانَتِ الآلَةُ قَائِمَةً، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى التَّكَلُّمِ بِبَعْضِ الحُرُوفِ قِيلَ: تُقْسَمُ عَلَى عَدَدِ الحُرُوفِ، وَقِيلَ: عَلَى عَدَدِ حُرُوفٍ تَتَعَلَّقُ بِاللِّسَانِ؛ فَبِقَدْرِ مَا لا يَقْدِرُ تَجِبُ، وَقِيلَ: إِنْ قَدَرَ عَلَى أَدَاءِ أَكْثَرِهَا تَجِبُ حُكُومَةُ

مَقْصُودًا ... عَلَى الكَمَالِ تَجِبُ الدِّيَةُ، قيَّد بالكمال في المنفعة أو في الجمال احترازًا عمَّا ليس بكامل فيهما حيث لا يجب كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود، كما إذا قطع لسان أخرس فإنه لا تجب الدية؛ لأنه لم يفوت جنس منفعته ولا فوت جمالًا على الكمال، كذا في «الذخيرة».

وذكر الإمام التمرتاشي: وفي آلة الخصي والعنِّين، ولسان الأخرس، واليد الشلاء، والرجل العرجاء، والعين القائمة العوراء، والسن السوداء، لا يجب القصاص في عمده ولا الدية في خطائه، فوجب فيه حكومة عدل، وهكذا أيضًا في «المبسوط».

قوله: وَقِيلَ: عَلَى عَدَدِ حُرُوفٍ تَتَعَلَّقُ بِاللِّسَانِ، الحروف التي تتعلق باللسان هي: الألف، والتاء، والثاء، والجيم، والدال، والذال، والراء، والزاء، والسين، والشين، والصاد، والضاد، والطاء، والظاء، واللام، والنون، فما لم يمكنه إتيان حرف منها يلزمه بحصته من الدية، فأمَّا الهوائية والحلقية والشفوية فلا تدخل في القسمة، فالشفوية: الميم، والباء، والحلقية: العين، والغين، والقاف.

والأصل في هذا ما رُوي: «أن رجلًا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه،

عَدْلٍ لِحُصُولِ الإِفْهَامِ مَعَ الِاخْتِلَالِ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ الأَكْثَرِ يَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لا تَحْصُلُ مَنْفَعَةُ الكَلَامِ، وَكَذَا الذَّكَرُ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِهِ مَنْفَعَةَ الوَطْءِ وَالإِيلَادِ وَاسْتِمْسَاكِ البَوْلِ وَالرَّمْيِ بِهِ وَدَفْقِ المَاءِ وَالإِيلَاجِ الَّذِي هُوَ طَرِيقُ الإِعْلَاقِ عَادَةً، وَكَذَا فِي الحَشَفَةِ الدِّيَةُ كَامِلَةً؛ لِأَنَّ الحَشَفَةَ أَصْلٌ فِي مَنْفَعَةِ الإِيلَاجِ وَالدَّفْقِ وَالقَصَبَةُ كَالتَّابِعِ لَهُ.

قَالَ: (وَفِي العَقْلِ إِذَا ذَهَبَ بِالضَّرْبِ الدِّيَةُ) لِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ الإِدْرَاكِ إِذْ بِهِ يَنْتَفِعُ بِنَفْسِهِ فِي مَعَاشِهِ وَمَعَادِهِ (وَكَذَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ شَمُّهُ أَوْ ذَوْقُهُ)؛

فأمره أن يقرأ: أ، ب، ت، ث، فكل ما قرأ حرفًا أسقط من الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأ أَوْجَب من الدية بحساب ذلك»، كذا في «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي، و«الذخيرة».

قوله: وَفِي العَقْلِ إِذَا ذَهَبَ بِالضَّرْبِ الدِّيَةُ، بأن ضربَ على رأسه فذهبَ عقله.

قوله: فِي مَعَاشِهِ - أي: في دنياه - وَمَعَادِهِ، أي: في آخرته.

قوله: وَكَذَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ شَمُّهُ أَوْ ذَوْقُهُ، أي: تجب الدية بمقابلة فوات كل واحدةٍ من هذه المنافع.

فإن قيل: بماذا يعرف فوات هذه المعانِي، فإن قول المجنى عليه لا يقبل؟

قلنا: إذا صدقه الجانِي، أو استحلف فنكل يثبت فواتها، ثم فوات البصر يعرفه الأطباء فينظر إليه رجلان عدلان من الأطباء، ويكون قولهما في ذلك حجة، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة» فقال: وطريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل فينادي، فإن أجاب لذلك علم أن سمعه لم يذهب، وحكى الناطفي عن أبي خازم القاضي، والقدوري عن إسماعيل بن حماد رحمهم الله تعالى أن امرأة تطارشت، أي: أرت أن بِها طرشًا وهو نوع صمم، يعني: (خويشتن را كَرْ ساخت) في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها، ثم

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ، وَقَدْ رُوِيَ: أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَضَى بِأَرْبَعِ دِيَاتٍ فِي ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ ذَهَبَ بِهَا العَقْلُ وَالكَلَامُ وَالسَّمْعُ وَالبَصَرُ.

قَالَ: (وَفِي اللِّحْيَةِ إِذَا حُلِقَتْ فَلَمْ تَنْبُتُ الدِّيَةُ)؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِهِ مَنْفَعَةَ الجَمَالِ.

قال لها فجاءةً: غطي عورتك فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها وظهر مكرها.

وقال أبو يوسف رحمه الله في «المنتقى»: لا يعرف ذهاب السمع، والقول فيه قول الجاني.

وأمَّا طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله: طريقه أن يستقبل الشمس مفتوح العين، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق، وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب، وذكر الطحاوي رحمه الله: أنه يلقى بين يديه حيَّة، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره، وقال محمد رحمه الله في «الأصل»: ينظر إليه أهل ذلك.

وإن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والإنكار، والقول قول الجانِي مع يمينه على البتات، أمَّا اليمين؛ فلأن المجنى عليه يدعي موجبة الجناية والجانِي ينكر، وأمَّا على البتات؛ لأن هذا يمين على فعل نفسه وهو إذهاب بصر غيره.

وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة، فإن نفر عن ذلك عرف أنه لم يذهب شمه.

قوله: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ، يعني: ليس فيها استتباع كل واحد منهما الآخر، بخلاف قتل النفس حيث لا تجب إلا دية واحدة؛ لأن الأطراف تبع للنفس، أمَّا الطرف فليس بتبع للطرف الآخر فيعتبر كل واحدٍ منهما بنفسه، وهذا هو الجواب الذي ذكر في «المبسوط» في جواب شبهة في هذا الموضع بعد ما قال: وقد روينا عن عُمر رضي الله عنه: «أنه قضى على رجل بأربع ديات والمجنى عليه حيٌّ».

فإن قيل: كيف يستقيم هذا فلو مات من الشجة لا يلزمه إلا دية واحدة، وبفوات هذه المنافع بدون الموت أَوْلَى؟

قلنا: إذا مات فقد تحقق إتلاف النفس والأطراف تابعة للنفس، ومتى وجب اعتبار

قَالَ: (وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَةُ) لِمَا قُلْنَا. وَقَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهِمَا حُكُومَةُ عَدْلٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ زِيَادَةٌ فِي الآدَمِيِّ، وَلِهَذَا يُحْلَقُ شَعْرُ الرَّأْسِ كُلُّهُ، وَاللِّحْيَةُ بَعْضُهَا فِي بَعْضِ البِلَادِ وَصَارَ كَشَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ وَلِهَذَا يَجِبُ فِي شَعْرِ العَبْدِ نُقْصَانُ القِيمَةِ. وَلَنَا أَنَّ اللِّحْيَةَ فِي وَقْتِهَا جَمَالٌ وَفِي حَلْقِهَا تَفْوِيتُهُ عَلَى الكَمَالِ فَتَجِبُ الدِّيَةُ كَمَا فِي الأُذُنَيْنِ الشَّاخِصَتَيْنِ، وَكَذَا شَعْرُ الرَّأْسِ جَمَالٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ عَدِمَهُ خِلْقَةً يَتَكَلَّفُ فِي سَتْرِهِ، بِخِلَافِ شَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ؛ لِأَنَّهُ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ جَمَالٌ. وَأَمَّا لِحْيَةُ العَبْدِ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَجِبُ فِيهَا كَمَالُ القِيمَةِ، وَالتَّخْرِيجُ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ المَقْصُودَ بِالعَبْدِ المَنْفَعَةُ بِالِاسْتِعْمَالِ دُونَ الجَمَالِ بِخِلَافِ الحُرِّ.

قَالَ: (وَفِي الشَّارِبِ حُكُومَةُ عَدْلٍ هُوَ الأَصَحُّ)؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلِّحْيَةِ فَصَارَ كَبَعْضِ أَطْرَافِهَا. (وَلِحْيَةُ الكَوْسَجِ إِنْ كَانَ عَلَى ذَقَنِهِ شَعَرَاتٌ مَعْدُودَةٌ فَلَا شَيْءَ فِي حَلْقِهِ)؛ لِأَنَّ وُجُودَهُ يَشِينُهُ وَلَا يَزِينُهُ (وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ وَكَانَ عَلَى الخَدِّ وَالذَّقَنِ جَمِيعًا لَكِنَّهُ غَيْرُ مُتَّصِلٍ فَفِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ)؛ لِأَنَّ فِيهِ بَعْضَ الجَمَالِ (وَإِنْ كَانَ مُتَّصِلًا فَفِيهِ

الأصل سقط اعتبار الأطراف، فأمّا ما بقيت النفس فهذه المنافع صارت فائتة عليه مقصودًا، وبعضها ليس بتبع للبعض، ففي حق كل واحدٍ منهما يجعل كأنه لم يفت غيرها.

قوله: وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَةُ، أي: إذا لم ينبت.

وقوله: لِمَا قُلْنَا، أراد به قوله: لِأَنَّهُ يُفَوِّتَ بِهِ مَنْفَعَةَ الجَمَالِ.

وذكر الإمام التمرتاشي: قالوا: لو حلق رأس إنسان ولم ينبت تجب الدية، الرجل والمرأة، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يطالب بالدية حالة الحلق، بل يؤجل سنة لتصور النبات، وكذا حلق اللحية، فإن ماتَ المحلوق رأسه أو لحيته قبل مضي السنة ولم تنبت لا شيء

كَمَالُ الدِّيَةِ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكَوْسَجٍ وَفِيهِ مَعْنَى الجَمَالِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا فَسَدَ المَنْبَتُ، فَإِنْ نَبَتَتْ حَتَّى اسْتَوَى كَمَا كَانَ لا يَجِبُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ أَثَرُ الجِنَايَةِ وَيُؤَدَّبُ عَلَى ارْتِكَابِهِ مَا لا يَحِلُّ، وَإِنْ نَبَتَتْ بَيْضَاءَ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَجِبُ شَيْءٌ فِي الحُرِّ؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ جَمَالًا، وَفِي العَبْدِ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِأَنَّهُ يَنْقُصُ قِيمَتَهُ، وَعِنْدَهُمَا تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ؛ لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ يَشِينُهُ وَلا يَزِينُهُ، وَيَسْتَوِي العَمْدُ وَالخَطَأُ عَلَى هَذَا الجُمْهُورِ.

(وَفِي الحَاجِبَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) وَعِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا فيه، وقالا: فيه حكومة عدل.

قوله: وَيَسْتَوِي العَمْدُ وَالخَطَأُ، يعني: كما تجب الدية في حلق اللحية والرأس خطأً، فكذلك إذا حلقهما عمدًا تجب الدية لا القصاصُ، ثم قيل: صورة حلقهما خطأً هي أن يظنه مباحَ الدم، فحلق الجاني لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم.

فإن قلتَ: لِمَ لم يجب القصاص فيما إذا حلقهما عمدًا مع إمكان المساواة في الحلق، فوجوب القصاص يدور مع العمل، وإمكان المساواة في الجناية، وقد وجد هذان الوصفان في الحلق العمد؟

قلتُ: لأن القصاص عقوبة والعقوبات لا تثبت قياسًا، وإنما تثبت نصًّا أو استدلالًا بالمنصوص عليه، ولا نصَّ في الشعور، وتعذر الاستدلال بالمنوص عليه؛ لأن النص إنما ورد في الجراحات قال الله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]، وحلق الشعر ليس في معنى الجراحات؛ لأنه لا يحتاج في تفويتها إلى الجراحة والضرب، ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات، وليس فيه إبانة ذي روح كما في الجراحات؛ لأنه لا روح للشعر، ألا ترى أن الإنسان لا يتألم بحلقه، وإذا لم يكن الشعر نظير الجراحة لم يكن النص الوارد في الجراحة واردًا في الشعر، فلو أوجبنا القصاص فيه أوجبناه قياسًا ولا وجه إليه، كذا في «الذخيرة».

اللهُ تَجِب حُكُومَةُ عَدْلٍ، وَقَدْ مَرَّ الكَلَامُ فِيهِ فِي اللِّحْيَةِ.

قَالَ: (وَفِي العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي اليَدَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ) كَذَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الأَشْيَاءِ نِصْفُ الدِّيَةِ) وَفِيمَا كَتَبَهُ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ «وَفِي العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ»؛ وَلِأَنَّ فِي تَفْوِيتِ الِاثْنَيْنِ مِنْ هَذِهِ الأَشْيَاءِ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ أَوْ كَمَالِ الجَمَالِ فَيَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ، وَفِي تَفْوِيتِ إِحْدَاهُمَا تَفْوِيتُ النِّصْفِ فَيَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ.

قَالَ: (وَفِي ثَدْيَيِ المَرْأَةِ الدِّيَةُ) لِمَا فِيهِ مِنْ تَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ (وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ دِيَةِ المَرْأَةِ) لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ ثَدْيَيِ الرَّجُلِ حَيْثُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ وَالجَمَالِ. (وَفِي حَلَمَتَيِ المَرْأَةِ الدِّيَةُ كَامِلَةً) لِفَوَاتِ جِنْسِ مَنْفَعَةِ الإِرْضَاعِ وَإِمْسَاكِ اللَّبَنِ (وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُهَا) لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَفِي أَشْفَارِ العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي إِحْدَاهَا رُبْعُ الدِّيَةِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: يُحْتَمَلُ أَنَّ مُرَادَهُ الأَهْدَابُ مَجَازًا كَمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ لِلْمُجَاوِرَةِ كَالرَّاوِيَةِ

قوله: يُحْتَمَلُ أَنَّ مُرَادَهُ الأَهْدَابُ مَجَازًا، أي: شعور أشفار العين، يعني: (مُژها) بالفارسية.

وهذا الذي ذكره في الكتاب مع البسط مأخوذ من «مبسوط شيخ الإسلام» وقال فيه: وجعل محمد رحمه الله الأشفار اسماً للشعور التي تنبت على حروف العين وأطرافها، ألا ترى أنه قال: إن في أشفار العين الدية الكاملة إذا لم تنبت، والشعر هو الذي ينبت على حروف

لِلْقِرْبَةِ وَهِيَ حَقِيقَةٌ فِي البَعِيرِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ الجَمَالَ عَلَى الكَمَالِ وَجِنْسَ المَنْفَعَةِ وَهِيَ مَنْفَعَةُ دَفْعِ الأَذَى وَالقَذَى عَنِ العَيْنِ إِذْ هُوَ يَنْدَفِعُ بِالهُدْبِ، وَإِذَا كَانَ الوَاجِبُ فِي الكُلِّ كُلَّ الدِّيَةِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ كَانَ فِي أَحَدِهَا رُبْعُ الدِّيَةِ وَفِي ثَلَاثَةٍ مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مَنْبَتَ الشَّعْرِ وَالحُكْمُ فِيهِ هَكَذَا.

(وَلَوْ قَطَعَ الجُفُونَ بِأَهْدَابِهَا فَفِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ)؛ لِأَنَّ الكُلَّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ وَصَارَ كَالمَارِنِ مَعَ القَصَبَةِ.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِنْ أَصَابِعِ اليَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ عُشْرُ الدِّيَةِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ

العين وأطرافها، وقد خطأه أهل اللغة في هذا وقالوا: الأشفار منابت الشعر، وهي حروف العينين وأطرافها، والشعور التي عليها تسمى الهدب، قالوا: وكأنه أخذ من شفير الوادي وهو جانبه وَحَدُّه، فسُمِّيت منابت الشعور أشفارًا؛ لأنها حدود الأجفان، وإليه ذهب القتبي رحمه الله في كتابه.

ولكن مشايخنا رضوان الله عليهم قالوا: بأن الأمر كما قالوا: أن الأشفار اسم لمنابت الشعر، واسم الشعور الهدب، إلا أنه كنى بالأشفار عن الهدب لإتصال ومجاورة بينهما، كما سموا القربة راوية وهي البعير التي يستسقى عليه الماء، لاتصال بين القربة والبعير، وكما قيل للمطر سماء.

قوله: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مَنْبَتَ الشَّعْرِ وَالحُكْمُ فِيهِ هَكَذَا، أيضًا؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: وأما ما يكون أرباعًا في البدن فهو أشفار العين، يجب في كل شفر ربع الدية، ويستوي أن نتف الأهداب وأفسد المنبت، أو قطع الجفون كلها بالأشفار؛ لأن تفويت الجمال يتم بذلك، وكذلك تفويت المنفعة؛ لأنه بالأهداب والجفون بقي الأذى عن العينين، وتفويت ذلك ينقص من البصر ويكون آخره العمي، فيجب فيها كمال الدية وهي أرباع في البدن، فتتوزع الدية عليها في كل واحدٍ منهما ربع الدية.

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشَرٌ مِنَ الإِبِلِ»؛ وَلِأَنَّ فِي قَطْعِ الكُلِّ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ وَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ وَهِيَ عَشَرٌ فَتَنْقَسِمُ الدِّيَةُ عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَالأَصَابِعُ كُلُّهَا سَوَاءٌ) لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ، وَلِأَنَّهَا سَوَاءٌ فِي أَصْلِ المَنْفَعَةِ فَلَا تُعْتَبَرُ الزِّيَادَةُ فِيهِ كَاليَمِينِ مَعَ الشِّمَالِ، وَكَذَا أَصَابِعُ الرِّجْلَيْنِ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِقَطْعِ كُلِّهَا مَنْفَعَةَ المَشْيِ فَتَجِبُ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ، ثُمَّ فِيهِمَا عَشَرُ أَصَابِعَ فَتَنْقَسِمُ الدِّيَةُ عَلَيْهَا أَعْشَارًا.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ فِيهَا ثَلَاثَةُ مَفَاصِلَ؛ فَفِي أَحَدِهَا ثُلُثُ دِيَةِ الأُصْبُعِ وَمَا فِيهَا مِفْصَلَانِ فَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ دِيَةِ الأُصْبُعِ) وَهُوَ نَظِيرُ انْقِسَامِ دِيَةِ اليَدِ عَلَى الأَصَابِعِ.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ» وَالأَسْنَانُ وَالأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِمَا رُوِيَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ: وَالأَسْنَانُ

قوله: هُوَ نَظِيرُ انْقِسَامِ دِيَةِ اليَدِ عَلَى الأَصَابِعِ، لو قطع جميع الأصبع الواحدة يجب عشر الدية، ويكون ذلك بإزاء ثلاث مفاصل الأصبع، فيكون بإزاء كل مفصل ثُلُثُه.

قوله: وَالأَسْنَانُ وَالأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، كان من حقه أن يقال: والأضراس والثنايا كلها سواء، بالجمع بين النوعين كما هو المذكور في «المبسوط»؛ لأن الأضراس اسم لما سوى الثنايا من الأسنان، أو يقال: والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث؛ لأن السن اسم جنس يتناول لما تحتها من الأنواع كالأنياب، والنواجذ، والطواحن، والضواحك، فيجمع بين الأنواع ويكتفى باسم الجنس، أمَّا الجمع بين اسم الجنس والنوع فلا.

وبهذا الذي ذكره احترز عن قول من فضَّل الطواحن على الضواحك؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: ويستوي في ذلك الأنياب، والنواجذ، والطواحن، والضواحك، ومن الناس من فضَّل الطواحن على الضواحك؛ لما فيها من زيادة المنفعة، ولسنا نأخذ بذلك؛ لأن النبي

كُلُّهَا سَوَاءٌ، وَلِأَنَّ كُلَّهَا فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ سَوَاءٌ فَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ كَالْأَيْدِي وَالْأَصَابِعِ، وَهَذَا إذَا كَانَ خَطَأً، فَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِيهِ الْقِصَاصُ وَقَدْ مَرَّ فِي الْجِنَايَاتِ. قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ عُضْوًا فَأَذْهَبَ مَنْفَعَتَهُ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ كَالْيَدِ إذَا شُلَّتْ وَالْعَيْنِ إذَا ذَهَبَ ضَوْءُهَا)؛ لِأَنَّ الْمُتَعَلَّقَ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ لَا فَوَاتُ الصُّورَةِ.

صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ»، من غير تفصيل، ثم إن كان في بضعها زيادة منفعة ففي بعضها زيادة جمال، والجمال في الآدمي كالمنفعة حتى قيل: إذا قلع جميع أسنانه فعليه ستة عشر ألفًا، أي: من الدراهم؛ لأن الأسنان اثنان وثلاثون، فإذا وجب في كل سنٍّ نصف عشر الدية خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر ألفًا، وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان، فإذا قلع جميع أسنان الكوسج فعليه أربعة عشر ألفًا؛ لأن أسنانه تكون ثمانية وعشرين.

هكذا حُكي أن امرأة قالت لزوجها: يا كوسج، فقال: إن كنتُ كوسجًا فأنتِ طالق، فسُئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال: تعد أسنانه فإن كانت اثنتين وثلاثون فليس بكوسج، وإن كان ثمانية وعشرين فهو كوسج.

قوله: لِأَنَّ الْمُتَعَلَّقَ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ، أي: الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة.

فإن قلتَ: قد ذكرتَ قبل هذا من رواية «المبسوط»، والتمرتاشي: أن في قطع اليد الشلاء وفقء العين القائمة العوراء حكومة عدل، ثم ذكر في الكتاب في هذه المسألة أن في إذهاب منفعة اليد والعين مع إبقاء صورتهما كمال الدية، فعُلِم بهذا أن إزالة الصورة والمعنى كل واحد منهما موجب شيئًا بحياله، فعلى هذا ينبغي أن يجب على من قطع يدي الرجل الصحيحتين الدية مع حكومة العدل، فالدية لإزالة المنفعة، والحكومة لإزالة الصورة.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أنه إذا اجتمع الأقل والأكثر من الأرش في موضع واحد يدخل الأقل في الأكثر، كما إذا شجَّ رجلًا فذهبَ عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية،

(وَمَنْ ضَرَبَ صُلْبَ غَيْرِهِ فَانْقَطَعَ مَاؤُهُ تَجِبُ الدِّيَةُ) لِتَفْوِيتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ (وَكَذَا لَوْ أَحْدَبَهُ)؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ جَمَالًا عَلَى الْكَمَالِ وَهُوَ اسْتِوَاءُ الْقَامَةِ.

وكما إذا قطع أصابع يد واحدة مع الكف فإن فيه نصف الدية، فيدخل أرش الكف الذي هو حكومة العدل في أرش اليد، فكذلك هاهنا يدخل أرش الصورة الذي هو حكومة العدل في قطع اليد الشلاء في أرش منفعة اليد الذي هو نصف الدية، فتجعل الصورة تبعًا للمنفعة، كما لو أوضحه فماتَ حيث يدخل أرش الموضحة في الدية، بل أرش جميع الأعضاء تدخل في الدية؛ لكون الأطراف تبعًا للنفس، فكذا هاهنا.

فإن قلتَ: ففي باب الديات كما أن ذهاب المنفعة المقصودة موجب للدية، كما في إذهاب العقل والسمع والبصر، فكذلك إذهاب الجمال أيضًا موجب للدية كما في حلق اللحية، والحاجبين، وقطع الأذنين الشاخصتين، ثم في قطع اليدين الصحيحتين إزالة المنفعة المقصودة، فكذلك في إزالة الجمال أيضًا، فلِمَ جُعل الجمال هاهنا تبعًا للمنفعة، ولم تجعل المنفعة تبعًا للجمال حتى اعتبر زيادة المنفعة بقوله: لِأَنَّ الْمُتَعَلَّقَ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ لا فَوَاتُ الصُّورَةِ، بل فوات الصورة معتبر في إيجاب الدية أيضًا، كما أريناك من النظائر من حلق الحاجبين وغيره، مع أن كلًّا من الصورة والمنفعة موجب كل الدية، فلم يجتمع فيه الأقل والأكثر حتى يقال باستتباع الأكثر الأقل.

قلتُ: قال في «المبسوط» في تعليل مسألة لسان الأخرس، واليد الشلاء حيث يجب فيه حكومة العدل لا الدية، فقال: لأن الأعضاء التي يكون المقصود منها المنفعة ومعنى الجمال فيها تبع، فباعتباره لا تتكامل الجناية في حق الأرش، فلمَّا اجتمعا جعل الجمال تبعًا أيضًا للمنفعة المقصودة؛ لأن الجمال لمَّا كان تبعًا فيها عند الانفراد حتى وجبَ حكومة العدل في اليد الشلاء، فلا يكون تبعًا للمنفعة المقصودة عند الاجتماع معها أَوْلَى.

قوله: لِتَفْوِيتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ، أي: منفعة النسل.

قوله: لِأَنَّهُ فَوَّتَ جَمَالًا عَلَى الْكَمَالِ، وهو استواء القامة؛ لأن الجمال للآدمي في كونه منتصب القامة، قيل في معنى قوله تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِىٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ۝٤﴾

(فَلَوْ زَالَتِ الحُدُوبَةُ لا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِزَوَالِهَا لا عَنْ أَثَرٍ.

[التين: ٤]، أي: منتصب القامة وذلك يفوت إذا حدب، والجمال للآدمي مطلوب كالمنفعة، فتفويتُ الجمال الكامل يوجب دية كاملة، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي الشِّجَاجِ)

قَالَ: (الشِّجَاجُ عَشْرَةٌ: الحَارِصَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَحْرِصُ الجِلْدَ: أَيْ تَخْدِشُهُ وَلَا تُخْرِجُ الدَّمَ (وَالدَّامِعَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُظْهِرُ الدَّمَ وَلَا تُسِيلُهُ كَالدَّمْعِ مِنَ العَيْنِ (وَالدَّامِيَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُسِيلُ الدَّمَ (وَالبَاضِعَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَبْضَعُ الجِلْدَ أَيْ تَقْطَعُهُ (وَالمُتَلَاحِمَةُ) وَهِيَ

فصل في الشجـاج

لمَّا ذكر حكم ما دون النفس، ذكر في هذا الفصل حكم الشجاج؛ لأنه من أحكام ما دون النفس، وفصله بفصل على حدة لتكاثر مسائل الشجاج اسمًا وحكمًا، ثم لو تعدَّت الشجة من هذا الحد الذي هو الآمة تفضي إلى القتل ولا كلام في القتل، إنما الكلام في الشجة.

قوله: الشِّجَاجُ عَشْرَةٌ، فوجه الانحصار فيها ظاهر بحسب تعاقب آثارها إلى أن تبلغ إلى أم الرأس الذي فيه الدماغ من غير زيادة ولا نقصان؛ وذلك لأن الشجة لا تخلو: إمَّا أن تقطع الجلد أم لا، فإن لم تقطع فلا تكون شجَّة فلا كلامَ فيه، فلو قطعت فلا تخلو: إمَّا أن تظهر الدم أم لا.

فإن لم تظهر ففي الحارصة، فإن أظهرت فلا تخلو: إمَّا أن تسيل الدم بعد الإظهار أم لا.

فإن لم تسل فهي الدامعة، وإن سيلت فلا تخلو: إمَّا أن تقطع بعض اللحم مع تسييل الدم أم لا، فإن لم تقطع فهي الدامية، وإن قطعت فلا تخلو: إمَّا أن تقطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أم لا.

فإن لم تقطع أكثر اللحم فهي الباضعة، وإن قطعت أكثر اللحم فلا تخلو: إمَّا أن ظهرت

الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ (وَالسِّمْحَاقُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى السِّمْحَاقِ وَهِيَ جِلْدَةٌ رَقِيقَةٌ بَيْنَ اللَّحْمِ وَعَظْمِ الرَّأْسِ (وَالمُوضِحَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُوضِحُ العَظْمَ أَيْ تُبَيِّنُهُ (وَالهَاشِمَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُهَشِّمُ العَظْمَ: أَيْ تَكْسِرُهُ (وَالمُنَقِّلَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُنَقِّلُ العَظْمَ بَعْدَ الكَسْرِ: أَيْ تُحَوِّلُهُ (وَالآمَّةُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى أُمِّ الرَّأْسِ وَهُوَ الَّذِي فِيهِ الدِّمَاغُ.

الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أم لا.

فإن لم تظهر فهي المتلاحمة، وإن ظهرت فهي السمحاق.

ثم لو تعدَّت الشجة من إظهار الجلدة فلا تخلو: إمَّا أن انحصرت على إظهار العظم أم لا.

فإن انحصرت فهي الموضحة، وإن لم تنحصر على إيضاح العظم فلا تخلو: إمَّا أن انحصرت على كسر العظم أم لا.

فإن انحصرت فهي الهاشمة، وإن لم تنحصر فلا تخلو: إمَّا أن انحصرت على نقل العظم وتحويله من غير وصول إلى الجلدة التي بين العظم والدماغ أم لا، فإن انحصرت فهي المنقلة، وإلا فهي الآمة، وهي العاشرة.

ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة، وهي التي تخرج الدماغ؛ لأن النفس لا تبقى بعدها عادةً، فكان ذلك قتلًا لا شجةً على ما يجيء في الكتاب، والكلام في الشجة لا في القتل، فعُلِم بهذا أن حاصر هذه الشجاج تعاقب آثارها على هذا العدد والترتيب، فلمَّا لم تُعدد آثارُها عن هذا العدد عقلًا فانحصرت عليه لذلك، هذا الذي ذكرتُه على تقرير «المبسوط»، وهو المعول عليه.

ثم الحارصة: من حيث اللغة مأخوذة من حرص القصّار الثوبَ، أي: شقه في الدق، والحارصة هي الشجة التي تحرص الجلد، أي: تشقه.

والدامعة: بالعين المهملة مأخوذ من الدمع، فسُمِّيت هذه الشجة بها؛ لأن الدم يخرج منها بقدر الدمع في المقلة، وفي «الذخيرة»: هي مأخوذة من دمع العين، فكأنَّها سميت بهذا الاسم؛ لأن الألم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجد من الألم.

قَالَ: (فَفِي المُوضِحَةِ القِصَاصُ إِنْ كَانَتْ عَمْدًا) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَضَى بِالقِصَاصِ فِي المُوضِحَةِ»؛ وَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَنْتَهِيَ السِّكِّينُ إِلَى العَظْمِ فَيَتَسَاوَيَانِ فَيَتَحَقَّقُ القِصَاصُ.

قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ)؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لا حَدَّ يَنْتَهِي السِّكِّينُ إِلَيْهِ؛ وَلِأَنَّ فِيمَا فَوْقَ المُوضِحَةِ كَسْرَ العَظْمِ وَلا قِصَاصَ فِيهِ، وَهَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: يَجِبُ القِصَاصُ فِيمَا قَبْلَ المُوضِحَةِ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ فِيهِ، إِذْ لَيْسَ فِيهِ

والباضعة: من البضع وهو الشق والقطع، ومنه مبضع الفصاد.

وأمَّا المتلاحمة فقد ذكر في «المغرب»: هي الشجة التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها، أي: تتلاءم وتتلاصق، قال الأزهري: الوجه أن يقال: اللَّاحمة، أي: القاطعة للحم، وإنما سُمِّيت بذلك على ما تؤول إليه، أو على التفاؤل.

وفي «المبسوط»: ورُوي عن محمد رحمه الله: أن المتلاحمة قبل الباضعة، وهذا اختلاف في مأخذ الكلمة لا في الحكم، فمحمد ذهب إلى أن المتلاحمة مأخوذة من قولك: التحم الشيئان، إذا اتصل أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه، والباضعة بعدها؛ لأنَّها تقطعه، وفي ظاهر الرواية: المتلاحمة ما تعمل في قطع أكثر اللحم فهو بعد الباضعة.

والمنقلة: وهي التي تخرج منها العظم، أو تجعل العظم كالنقل وهو الحصى.

والآمة: بالمد من أمَّه، أي: شجَّه آمة، وهي التي تبلغ أمّ الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلد رقيق، وأمّ الدماغ الجلدة التي تجمع الدماغ، كذا في «الصحاح».

قوله: وَلِأَنَّ فِيمَا فَوْقَ المُوضِحَةِ، أي: فيما هو أكثر شجَّة من الموضحة، وهو ما ذكره بعد الموضحة وهو ثلاثة: الهاشمة، والمنقلة، والآمة.

قوله: يَجِبُ القِصَاصُ فِيمَا قَبْلَ المُوضِحَةِ، أي: قبل الموضحة ذكرًا، ودون الموضحة

كَسْرُ العَظْمِ وَلَا خَوْفُ هَلَاكٍ غَالِبٍ فَيُسْبَرُ غَوْرُهَا بِمِسْبَارٍ ثُمَّ تُتَّخَذُ حَدِيدَةٌ بِقَدْرِ ذَلِكَ فَيُقْطَعُ بِهَا مِقْدَارُ مَا قَطَعَ فَيَتَحَقَّقُ اسْتِيفَاءُ القِصَاصِ.

قَالَ: (وَفِيمَا دُونَ المُوضِحَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ وَلَا يُمْكِنُ إِهْدَارُهُ فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ بِحُكْمِ العَدْلِ، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنِ النَّخَعِيِّ وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ.

قَالَ: (وَفِي المُوضِحَةِ إِنْ كَانَتْ خَطَأً نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الهَاشِمَةِ عُشْرُ الدِّيَةِ،

أثرًا وشجًّا، وهو ستة: من الحارصة إلى السمحاق.

المِسْبَار: ما يسبر به الجرح، أي: يقدر قدر غورة بحديدة أو غيرها.

قوله: وَفِيمَا دُونَ المُوضِحَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ، أي: دون الموضحة من حيث الأثر والشجّ، ولكن قبل الموضحة من حيث الذكر، وهو الحارصة إلى السمحاق، فلذلك ذكر مرَّة بما قبل الموضحة، ومرَّة بما دون الموضحة.

فإن قلتَ: قد ذكر قبيل هذا متصلًا به: وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: يَجِبُ القِصَاصُ فِيمَا قَبْلَ المُوضِحَةِ، ثم ذكر هاهنا: وَفِيمَا دُونَ المُوضِحَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ، مع أن المراد بما دون الموضحة هو ما قبل الموضحة، كيف ذكر اختلاف الحكم مع اتحاد الموضوع؟

قلتُ: الجواب عنه ظاهر، وهو أنه فيما ذكر قبله لم يذكر مطلقًا بل قال: وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ، فعُلِم بهذا أن في غير الأصل الحكم على خلافه، وكان هذا الذي ذكره بعده في غير الأصل، فكان حكمه على خلاف حكمه الذي ذكره في الأصل؛ وهذا لأنه لمَّا ذكر قبل ذلك: وَلَا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ، وما قبل الموضحة من بقية الشجاج، فلمَّا لم يكن فيه القصاص لا بدَّ له من حكم، وذكر حكمه هنا **بقوله:** وَفِيمَا دُونَ المُوضِحَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ.

وذكر في «المبسوط»: وإيجاب حكومة العدل في هذه الشجاج، أي: فيما دون الموضحة مرويٌّ عن إبراهيم النخعي، وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله تعالى، فإنَّهما قالا: ما دون الموضحة من الشجاج بمنزلة الخدوش، ففيها حكومة عدل.

وَفِي الْمُنَقِّلَةِ عُشْرُ الدِّيَةِ وَنِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، فَإِنْ نَفَذَتْ فَهُمَا جَائِفَتَانِ فَفِيهِمَا ثُلُثَا الدِّيَةِ) لِمَا رُوِيَ فِي كِتَابِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ «وَفِي المُوضِحَةِ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ، وَفِي الهَاشِمَةِ عَشْرٌ، وَفِي المُنَقِّلَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ، وَفِي الآمَّةِ» وَيُرْوَى «المَأْمُومَةُ ثُلُثُ الدِّيَةِ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي الجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ» وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ حَكَمَ فِي جَائِفَةٍ نَفَذَتْ إِلَى الجَانِبِ الآخَرِ بِثُلُثَيِ الدِّيَةِ؛ وَلِأَنَّهَا إِذَا نَفَذَتْ نَزَلَتْ مَنْزِلَةَ جَائِفَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا مِنْ جَانِبِ البَطْنِ وَالأُخْرَى مِنْ جَانِبِ الظَّهْرِ وَفِي كُلِّ جَائِفَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ فَلِهَذَا وَجَبَ فِي النَّافِذَةِ ثُلُثَا الدِّيَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ جَعَلَ المُتَلَاحِمَةَ قَبْلَ البَاضِعَةِ وَقَالَ: هِيَ الَّتِي يَتَلَاحَمُ فِيهَا الدَّمُ وَيَسْوَدُّ. وَمَا ذَكَرْنَاهُ بَدْءًا مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهَذَا اخْتِلَافُ عِبَارَةٍ لَا يَعُودُ إِلَى مَعْنًى

قوله: وَفِي الجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وفي «الإيضاح»: الجائفة: ما تصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين، والاسم دليل عليه، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطرًا، أو ما فوق ذلك فليس بجائفة، فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقًا.

ثم ذكر في «الإيضاح»: وليس في شيء من الجراح له أرش معلوم غير الجائفة، فإن فيها ثلث الدية.

وذكر في «الذخيرة» بعد ما ذكر ماهية الجائفة كما ذكر في «الإيضاح»: ولا تكون جائفة على الوجه وإن نفذت إلى الفم ففيه حكومة عدل.

ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس، وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضًا على ما ذكرنا من رواية «الإيضاح».

وَحُكْمٍ. وَبَعْدَ هَذَا شَجَّةٌ أُخْرَى تُسَمَّى الدَّامِغَةُ وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى الدِّمَاغِ، وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهَا لِأَنَّهَا تَقَعُ قَتْلًا فِي الغَالِبِ لا جِنَايَةً مُقْتَصِرَةً مُنْفَرِدَةً بِحُكْمٍ عَلَى حِدَةٍ، ثُمَّ هَذِهِ الشِّجَاجُ تَخْتَصُّ بِالوَجْهِ وَالرَّأْسِ لُغَةً، وَمَا كَانَ فِي غَيْرِ الوَجْهِ وَالرَّأْسِ يُسَمَّى جِرَاحَةً، وَالحُكْمُ مُرَتَّبٌ عَلَى الحَقِيقَةِ فِي الصَّحِيحِ، حَتَّى لَوْ تَحَقَّقَتْ فِي غَيْرِهِمَا نَحْوُ السَّاقِ وَاليَدِ لا يَكُونُ لَهَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، وَإِنَّمَا تَجِبُ حُكُومَةُ العَدْلِ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِالتَّوْقِيفِ وَهُوَ إِنَّمَا وَرَدَ فِيمَا يَخْتَصُّ بِهِمَا، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا وَرَدَ الحُكْمُ فِيهَا لِمَعْنَى الشَّيْنِ الَّذِي يَلْحَقُهُ بِبَقَاءِ أَثَرِ الجِرَاحَةِ، وَالشَّيْنُ يَخْتَصُّ بِمَا يَظْهَرُ مِنْهَا فِي الغَالِبِ وَهُوَ العُضْوَانِ هَذَانِ لا سِوَاهُمَا.

وَأَمَّا اللَّحْيَانِ فَقَدْ قِيلَ لَيْسَا مِنَ الوَجْهِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، حَتَّى لَوْ وُجِدَ فِيهِمَا مَا فِيهِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ لا يَجِبُ المُقَدَّرُ. وَهَذَا لِأَنَّ الوَجْهَ مُشْتَقٌّ مِنَ المُوَاجِهَةِ، وَلا مُوَاجِهَةَ لِلنَّاظِرِ فِيهِمَا إِلَّا أَنَّ عِنْدَنَا هُمَا مِنَ الوَجْهِ لِاتِّصَالِهِمَا بِهِ مِنْ غَيْرِ فَاصِلَةٍ، وَقَدْ يَتَحَقَّقُ

قوله: وَالحُكْمُ مُرَتَّبٌ عَلَى الحَقِيقَةِ، وهي ما إذا كانت الشجة في الوجه والرأس.

قوله: حَتَّى لَوْ تَحَقَّقَتْ فِي غَيْرِهِمَا نَحْوُ السَّاقِ وَاليَدِ لا يَكُونُ لَهَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، بخلاف الموضحة، والهاشمة، والمنقلة في الرأس، فإن فيها أرشًا مقدرًا على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَأَمَّا اللَّحْيَانِ فَقَدْ قِيلَ لَيْسَا مِنَ الوَجْهِ، وفي «الذخيرة»: الذقن من الوجه بلا خلاف، والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه عندنا، حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلاثة في اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا خلافًا لمالك.

وفي «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله: ويجب أن يفترض غسل اللحيين في الطهارة؛ لأنهما من الوجه على الحقيقة، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع، ولا إجماع هاهنا فبقيت العبرة للحقيقة.

فِيهِ مَعْنَى المُوَاجِهَةِ أَيْضًا. وَقَالُوا: الجَائِفَةُ تَخْتَصُّ بِالجَوْفِ: جَوْفِ الرَّأْسِ أَوْ جَوْفِ البَطْنِ، وَتَفْسِيرُ حُكُومَةِ العَدْلِ عَلَى مَا قَالَهُ الطَّحَاوِيُّ أَنْ يُقَوَّمَ مَمْلُوكًا بِدُونِ هَذَا الأَثَرِ وَيُقَوَّمُ وَبِهِ هَذَا الأَثَرُ، ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى تَفَاوُتِ مَا بَيْنَ القِيمَتَيْنِ، فَإِنْ كَانَ نِصْفَ عُشْرِ القِيمَةِ يَجِبُ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ رُبْعَ عُشْرٍ فَرُبْعُ عُشْرٍ. وَقَالَ الكَرْخِيُّ: يُنْظَرُ كَمْ مِقْدَارُ هَذِهِ الشَّجَّةِ مِنَ المُوضِحَةِ فَيَجِبُ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ مَا لا نَصَّ فِيهِ يُرَدُّ إِلَى المَنْصُوصِ عَلَيْهِ.

قوله: وَتَفْسِيرُ حُكُومَةِ العَدْلِ عَلَى مَا قَالَهُ الطَّحَاوِيُّ أَنْ يُقَوَّمَ مَمْلُوكًا، إلى آخره، وقال في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: والفتوى على هذا.

قوله: وَقَالَ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُنْظَرُ كَمْ مِقْدَارُ هَذِهِ الشَّجَّةِ مِنَ المُوضِحَةِ، إلى آخره.

وفي «الذخيرة»: قال شيخ الإسلام: هذا هو الأصح، لحديث عليٍّ رضي الله عنه، فإن عليًّا اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد.

ثم ذكر في «الذخيرة» تفسير كل واحد من هذين الطريقين، أمَّا تفسير طريق الطحاوي هو أن ينظر إلى قيمة المجنى عليه لو كان عبدًا من غير جراحةٍ كم قيمته؟ وبعد الجراحة كم قيمته؟ فإن كانت قيمته من غير جراحةٍ تبلغ ألفًا ومع الجراحة تبلغ قيمته تسعمائة علمت أن الجراحة أوجبت نقصان عُشر قيمته فأوجبت عُشر الدية؛ لأن قيمة الحر ديته، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني رحمه الله.

وأمَّا تفسير ما قاله الكرخي: وَقَالَ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُنْظَرُ كَمْ مِقْدَارُ هَذِهِ الشَّجَّةِ مِنَ المُوضِحَةِ فَيَجِبُ بِقَدْرِ ذَلِكَ، بيان هذا أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلًا فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة؟ فإن كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

قَالَ: (وَفِي أَصَابِعِ الْيَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ)؛ لِأَنَّ فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عُشْرُ الدِّيَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا، فَكَانَ فِي الْخَمْسِ نِصْفُ الدِّيَةِ؛ وَلِأَنَّ فِي قَطْعِ الأَصَابِعِ تَفْوِيتَ جِنْسِ مَنْفَعَةِ الْبَطْشِ وَهُوَ الْمُوجِبُ عَلَى مَا مَرَّ (فَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الْكَفِّ فَفِيهِ أَيْضًا نِصْفُ الدِّيَةِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ؛ وَلِأَنَّ الْكَفَّ تَبَعٌ لِلْأَصَابِعِ؛ لِأَنَّ الْبَطْشَ بِهَا (وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ نِصْفِ السَّاعِدِ فَفِي الأَصَابِعِ وَالْكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَفِي الزِّيَادَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَعَنْهُ أَنَّ مَا زَادَ عَلَى أَصَابِعِ الْيَدِ وَالرِّجْلِ فَهُوَ تَبَعٌ لِلْأَصَابِعِ إِلَى الْمَنْكِبِ وَإِلَى الْفَخِذِ؛

فصلٌ

لمَّا فرغ من مسائل الشجاج وهي تتعلق بالرأس، والرأس أول ما يظهر من الإنسان في ظاهر العالم ثم ما دونه، شرع في بيان مسائل ما دونه على ذلك الترتيب أيضًا.

قوله: وَفِي أَصَابِعِ الْيَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ، أي: اليد الواحدة، فإن في أصابع اليدين كمال الدية.

قوله: عَلَى مَا رَوَيْنَاهُ، وهو ما ذكر في فصل ما دون النفس قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ».

قوله: وَهُوَ الْمُوجِبُ عَلَى مَا مَرَّ، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة، إلى آخره.

لِأَنَّ الشَّرْعَ أَوْجَبُ فِي اليَدِ الوَاحِدَةِ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَاليَدُ اسْمٌ لِهَذِهِ الجَارِحَةِ إِلَى المَنْكِبِ فَلَا يُزَادُ عَلَى تَقْدِيرِ الشَّرْعِ، وَلَهُمَا أَنَّ اليَدَ آلَةٌ بَاطِشَةٌ وَالبَطْشُ يَتَعَلَّقُ بِالكَفِّ، وَالأَصَابِعُ دُونَ الذِّرَاعِ فَلَمْ يَجْعَلِ الذِّرَاعَ تَبَعًا فِي حَقِّ التَّضْمِينِ؛ وَلِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْأَصَابِعِ؛ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا عُضْوًا كَامِلًا وَلا إِلَى أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْكَفِّ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ وَلا تَبَعَ لِلتَّبَعِ.

قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ الكَفَّ مِنَ المِفْصَلِ وَفِيهَا أُصْبُعٌ وَاحِدَةٌ فَفِيهِ عُشْرُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ أُصْبُعَيْنِ فَالخُمُسُ، وَلا شَيْءَ فِي الكَفِّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يُنْظَرُ إِلَى أَرْشِ الكَفِّ وَالأُصْبُعِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ الأَكْثَرُ، وَيَدْخُلُ القَلِيلُ فِي الكَثِيرِ؛ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى الجَمْعِ بَيْنَ الأَرْشَيْنِ؛ لِأَنَّ الكُلَّ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَلا إِلَى إِهْدَارِ

قوله: لا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْأَصَابِعِ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا عُضْوًا كَامِلًا، كما لم نجعل إحدى اليدين تابعة للأخرى.

وأمَّا **قوله**: وَاليَدُ اسْمٌ لِهَذِهِ الجَارِحَةِ إِلَى المَنْكِبِ، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «وفي اليدين الدية»، فإن اسم اليد يتناول لهذه الجارحة من رؤوس الأصابع إلى الآباط.

قلنا: لا نسلم؛ لما أن اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند، بدليل آية السرقة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا إِلَى أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْكَفِّ؛ لما ذكر، ولمَّا لم يكن الساعد تبعًا لا إلى الأصابع ولا إلى الكف وجبَ اعتباره أصلًا؛ إذ لا وجه إلى إهداره، ولم يرد من الشارع فيه شيء مقدر فيجب فيه حكومة العدل.

قوله: لِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى الجَمْعِ بَيْنَ الأَرْشَيْنِ، أي: أرش الأصبع، وأرش الكف، أي: الجمع بين هذين الأرشين ممتنعٌ، فإن ضمان الكف هو عين ضمان الأصابع، وضمان

أَحَدِهِمْ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصْلٌ مِنْ وَجْهٍ فَرَجَّحْنَا بِالكَثْرَةِ.

وَلَهُ أَنَّ الأَصَابِعَ أَصْلٌ وَالكَفُّ تَابِعٌ حَقِيقَةً وَشَرْعًا؛ لِأَنَّ البَطْشَ يَقُومُ بِهَا، وَأَوْجَبَ الشَّرْعُ فِي أُصْبُعٍ وَاحِدَةٍ عَشْرًا مِنَ الإِبِلِ، وَالتَّرْجِيحُ مِنْ حَيْثُ الذَّاتِ وَالحُكْمِ أَوْلَى مِنَ التَّرْجِيحِ مِنْ حَيْثُ مِقْدَارِ الوَاجِبِ (وَلَوْ كَانَ فِي الكَفِّ ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ يَجِبُ أَرْشُ الأَصَابِعِ وَلَا شَيْءَ فِي الكَفِّ بِالإِجْمَاعِ)؛ لِأَنَّ الأَصَابِعَ أُصُولٌ فِي التَّقْوِيمِ،

الأصابع هو عين ضمان الكف، فهو شيء واحد فوجب الترجيح بالكثرة، كما قلنا فيمن شجَّ رأس إنسان وتناثر بعض شعره حيث يذهب هناك الأقل في الأكثر، كذلك هاهُنا.

قلنا: الأصابع أصل في الضمان والكف تبع لما ذكر، بخلاف الشجة والشعر؛ لأن أحدهما ليس بتبع للآخر، أمَّا هاهُنا فبخلافه، كذا ذكره فخر الإسلام، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: فَرَجَّحْنَا بِالكَثْرَةِ، حتى قلنا بوجوب أكثر الأرشين من أرشي الكف والأصبع دون الأقل.

قوله: لِأَنَّ البَطْشَ يَقُومُ بِهَا، أي: بالأصابع.

قوله: ، وَالتَّرْجِيحُ مِنْ حَيْثُ الذَّاتِ وَالحُكْمِ، أي: من حيث الحقيقة والشرع، أمَّا من حيث الذات فهو أن البطش بالأصابع، وأمَّا من حيث الحكم؛ فلأن الأصبع له أرش مقدر، والكف ليس له أرش مقدر، وما ثبت فيه التقدير شرعًا فهو ثابت بالنص، وما لا تقدير فيه من الشارع فهو ثابت بالرأي، والرأي لا يعارض النص، فكان ما ثبتَ فيه التقدير نصًّا أَوْلَى؛ وهذا لأن المصير إلى الرأي لأجل الضرورة، وهذه الضرورة لا تتحقق عند إمكان الإيجاب الأرش المقدر بالنص.

وأمَّا قولهما: فَرَجَّحْنَا بِالكَثْرَةِ، فقلنا: إن المصير إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة، ولا مساواة بين الرأي والنص فلا يصار إلى الترجيح، فلمَّا كان الاعتبار عند أبي حنيفة رحمه الله للنص، وتقدير الشرع في هذا لم يفرق بين أن يكون الباقي من الأصابع واحدًا

وَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الكُلِّ فَاسْتَتْبَعَتِ الكَفَّ، كَمَا إِذَا كَانَتِ الأَصَابِعُ قَائِمَةً بِأَسْرِهَا.

قَالَ: (وَفِي الأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) تَشْرِيفًا لِلْآدَمِيِّ؛

أو أكثر؛ لأن للأصبع الواحدة أرشًا مقدرًا فيجعل الكف تبعًا للأصبع وإن كانت واحدة، هذا إذا بقي أصبع واحدة، وأمَّا إذا لم يبق من الأصبع إلا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عند أبي حنيفة رحمه الله يجب فيه أرش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعًا له؛ لأن أرش ذلك المفصل مقدر، وما بقي شيء من الأصل وإن قلَّ فلا حكم للتبع، كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطة في المحلة لا يعتبر السكان.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا كان الباقي دون أصبع فإنه يعتبر فيه الأقل والأكثر فيدخل الأقل في الأكثر؛ لأن أرش الأصبع منصوص عليه، فأمَّا أرش كل مفصل غير منصوص عليه، وإنما اعتبرنا ذلك بالمنصوص عليه بنوع رأي وكونه أصلًا باعتبار النص، فإذا لم يرد النص في أرش مفصل واحد اعتبرنا فيه الأقل والأكثر ولكن الأول أصح، كذا في «المبسوط».

ثم اعلم أنه إذا قطع الكف ولا أصابع فيها قال أبو يوسف رحمه الله: فيها حكومة عدل لا يبلغ بها أرش أصبع؛ لأن الأصبع الواحدة يتبعها الكف على قول أبي حنيفة رحمه الله، فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَفِي الأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ، سواء كان في العمد أو في الخطإ، وسواء فيما إذا كان للقاطع أصبع زائدة أم لا، هكذا ذكر في «الذخيرة» وقال: لا قصاص فيه، سواء كان للقاطع أصبع زائدة أو لم يكن، وأمَّا إذا لم تكن للقاطع أصبع زائدة فلا يجب القصاص لوجهين:

أحدهما: هو أن القاطع قطع أصبعًا زائدة وليست له أصبع زائدة، ولا وجه إلى قطع أصبع أخرى فلا يجب القصاص، كمن قطع إبهام إنسان وليس له إبهام.

والثاني: أن المساواة في القيمة شرط لجريان القصاص في الأطراف ولم توجد؛ لأن قيمة الأصبع الزائدة حكومة عدلٍ، وقيمة أصبع غير زائدة أرش مقدر، ولا مساواة بينهما

لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ، وَلَكِنْ لا مَنْفَعَةَ فِيهِ وَلا زِينَةَ (وَكَذَلِكَ السِّنُّ الشَّاغِيَةُ) لِمَا قُلْنَا.

(وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ إِذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّتُهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ فِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ؛ لِأَنَّ الغَالِبَ فِيهِ الصِّحَّةُ فَأَشْبَهَ قَطْعَ المَارِنِ وَالأُذُنِ.

في القيمة فكان بمنزلة الحرِّ أو العبد قطع يد العبد، وإن كان للقاطع أصبع زائدة فلا يجب القصاص لعلة واحدة، وهي أن المساواة في القيمة قطعًا ويقينًا شرط ولم يوجد؛ لأن الواجب في قطع الأصبع الزائدة حكومة عدل، وحكومة العدل إنما تعرف بالقيمة، والقيمة إنما تعرف من حيث الحرز والظن، ولهذا لم يجب القصاص في أطراف العبيد.

قوله: لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ، وَلَكِنْ لا مَنْفَعَةَ فِيهِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا التعليل ما إذا كان على ذقن رجل شعيرات معدودةٍ، فأزالها آخر ولم ينبت مثلها لم يجب فيه حكومة عدل على ما ذكر قبل هذا في مسألة الشارب، وإن كان الشعر جزء من الآدمي؛ بدليل أنه لا يحل الانتفاع بشعور الآدمي ولا بيعها؛ لأنها من أجزاء الآدمي.

قلتُ: حكومة العدل لا تجب بمجرد إزالة جزء الآدمي، بل إنما تجب إذا بقي له أثر يشينه، ألا ترى أنه لو قصَّ ظفر غيره بغير إذنه لا يجب شيء؛ لأن ذلك يشينه ولا يزينه، وكذلك الشعيرات المعدودة في الذقن تشينه ولا تزينه، وأمَّا في قطع الأصبع الزائدة يبقي الأثر لا محالة بحيث يشينه مع أنَّها جزء الآدمي، فلذلك وجبت حكومة العدل فيه.

قوله: وَكَذَلِكَ السِّنُّ الشَّاغِيَةُ، أي: في قلعها أيضًا حكومة العدل.

قوله: لِمَا قُلْنَا، وهو **قوله**: لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ، فالسن الشاغية أيضًا جزء من فمه، فالسن الشاغية هي الزائدة على الأسنان، وهي التي تخالف نبتها نبت غيرها من الأسنان، يقال: رجل أشغى، وامرأة شغواء، فإنَّها وإن كانت زائدة فهي نقصان معنًى، قال القائل[1]:

---

(١) القائل لهذا البيت هو أبو فهد، وأبو الحسن، علي بن محمد، التهامي، المتوفى سنة (٤١٦ هـ)، شاعر مشهور من أهل تهامة بين الحجاز واليمن، والبيت كاملًا:

فلا تعجبن ذا البخل كثرة ماله * فإن الشغى نقص وإن كان زائدًا

انظر: «ديوان علي بن محمد التهامي» (ص: ٢٦٨)، طبعة: مكتبة المعارف.

وَلَنَا أَنَّ المَقْصُودَ مِنْ هَذِهِ الأَعْضَاءِ المَنْفَعَةُ، فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ صِحَّتُهَا لا يَجِبُ الأَرْشُ الكَامِلُ بِالشَّكِّ، وَالظَّاهِرُ لا يَصْلُحُ حَجَّةً لِلْإِلزَامِ بِخِلَافِ المَارِنِ وَالأُذُنِ الشَّاخِصَةِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الجَمَالُ وَقَدْ فَوَّتَهُ عَلَى الكَمَالِ (وَكَذَا لَوِ اسْتَهَلَّ الصَّبِيُّ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكَلَامٍ وَإِنَّمَا هُوَ مُجَرَّدُ صَوْتٍ وَمَعْرِفَةُ الصِّحَّةِ فِيهِ بِالكَلَامِ وَفِي الذَّكَرِ بِالحَرَكَةِ وَفِي العَيْنِ بِمَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى النَّظَرِ فَيَكُونُ حُكْمُهُ بَعْدَ ذَلِكَ حُكْمَ البَالِغِ فِي العَمْدِ وَالخَطَإِ.
قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ دَخَلَ أَرْشُ المُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ)؛ لِأَنَّ بِفَوَاتِ العَقْلِ تَبْطُلُ مَنْفَعَةُ جَمِيعِ الأَعْضَاءِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْضَحَهُ فَمَاتَ، وَأَرْشُ

فإن الشغى نقص وإن كان زائدًا

قوله: وَالظَّاهِرُ لا يَصْلُحُ حَجَّةً لِلْإِلزَامِ، وإنما قيَّد بالإلزام؛ لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام، حتى أنه لو أعتق عبدًا صغيرًا لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقينًا، يخرج عن عهدة الكفارة؛ لأن الغالب هو السلامة، وقد ذكرناه في أوائل الديات في مسألة الكفارة في قوله: وَيُجْزِئُهُ رَضِيعٌ.

قوله: الأُذُنِ الشَّاخِصَةِ: أي: المرتفعة من شخصَ بالفتح شخوصًا أي: ارتفع.

قوله: وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ دَخَلَ أَرْشُ المُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ، وعلى قول الحسن رحمه الله : لا يدخل لاختلاف محل الجناية، فإن محل الموضحة غير محل العقل، بخلاف الشعر مع الموضحة.

ولكنا نقول: ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت.

أو نقول: إن العقل ليس موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» للتمرتاشي.

قوله: وَأَرْشُ المُوضِحَةِ يَجِبُ بِفَوَاتِ جُزْءٍ مِنَ الشَّعْرِ، حَتَّى لَوْ نَبَتَ يَسْقُطُ، أي: لو نبت

الْمُوضِحَةِ يَجِبُ بِفَوَاتِ جُزْءٍ مِنَ الشَّعْرِ، حَتَّى لَوْ نَبَتَ يَسْقُطُ، وَالدِّيَةُ بِفَوَاتِ كُلِّ الشَّعْرِ وَقَدْ تَعَلَّقَا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ فَدَخَلَ الْجُزْءُ فِي الْجُمْلَةِ كَمَا إذَا قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ فَشُلَّتْ يَدُهُ. وَقَالَ زُفَرُ: لا يَدْخُلُ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَلَا يَتَدَاخَلَانِ كَسَائِرِ الْجِنَايَاتِ. وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشعر والتأمت الشجة فصارا كما كانا لا يجب شيء، يثبت بِهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر، وكذلك وجوب الدية أيضًا بسبب فوات الشعر كله، عُلِم بِهذا أن سببهما شيءٌ واحدٌ وهو فوات الشعر، فلمَّا كان كذلك يدخل الأقل في الأكثر، كما إذا قطع الكف مع الأصابع حيث يدخل موجب الكف وهو حكومة العدل تحت أرش الأصابع.

وقال في «المبسوط»: ووجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر، بدليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء، وإذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب ما دونه باعتباره أيضًا، فإذا ذهبَ من الشعر بعضه فعلى الجانِي الأكثر من أرش الشعر وأرش الشجة، فيدخل الأقل في ذلك؛ لأن في إيجاب الأكثر يتحقق اعتبار السبب الموجب للأقل إذا اتحد السبب معنًى.

وذكر في «الذخيرة» بعد ما ذكر الشجاج المقدر أرشها كالهاشمة، والمنقلة، والآمة، فقال: وفي هذا كله إذا برئ ولم يبق لها أثر لا يجب شيء إلا عند محمد رحمه الله، فإنه قال: يجب مقدار ما أنفق إلى أن برئ، ثمَّ ذكر رجل شج رجلًا موضحة فالتأمت ونبت الشعر قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجب عليه شيء، وقال أبو يوسف رحمه الله: الأرش كاملًا، وإن التأمت ولم ينبت الشعر فعليه الأرش في قولهم جميعًا.

وفي «العيون»: شجَّ رجلًا موضحة فبرأت ونبت الشعر فالقياس أن لا يجب شيء، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يستحسن أن يجعل عليه حكومة عدل مثل أجرة الطبيب، وكذا كل جراحة برأت.

قوله: وَقَدْ تَعَلَّقَا - أي: أرش الموضحة والدية - بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، وهو فوات الشعر بالشج.

قَالَ: (وَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ فَعَلَيْهِ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ مَعَ الدِّيَةِ) قَالُوا: هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشَّجَّةَ تَدْخُلُ فِي دِيَةِ السَّمْعِ وَالكَلَامِ وَلَا تَدْخُلُ فِي دِيَةِ البَصَرِ. وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَالمَنْفَعَةُ مُخْتَصَّةٌ بِهِ فَأَشْبَهَ الأَعْضَاءَ المُخْتَلِفَةَ، بِخِلَافِ العَقْلِ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَتَهُ

الشلل: فساد في اليد، من حد عَلِم، يقال: شَلَّتْ يده تَشل بالفتح.

وذكر في «شرح الطحاوي»: إذا قطع من أصبع مفصلًا واحدًا فشلَّ الباقي من الأصبع أو الكف لا يجب القصاص، ولكن تجب الدية فيما شل منه، إن كان أصبعًا فدية الأصبع، وإن كان كفًّا فدية الكف، وهذا بالإجماع.

قوله: قَالُوا: هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، فذكر أبي يوسف هاهنا وقع سهوًا لخروجه مخالفًا لجميع روايات الكتب المتداولة، فينبغي أن يَذْكر محمدًا مكان أبي يوسف كما هو في «الإيضاح»، أو لا يذكر أحدًا أصلًا كما هو رواية «المبسوط»، وشروح «الجامع الصغير»، و«الذخيرة»، و«المغني».

اعلم أن هذا الذي ذكره فيما إذا كان خطأً، وأمَّا إذا كان عمدًا فقد ذكر في «الذخيرة» محيلًا إلى «الجامع الصغير» فقال: إذا شجَّ رجلًا موضحة عمدًا فذهبَ من ذلك سمعه وبصره فلا قصاص في شيءٍ من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن يجب أرش الموضحة، ودية السمع والبصر، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب القصاص في الشجة، وتجب الدية في السمع والبصر.

قوله: وَجْهُ الأَوَّلِ، وهو أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع أو البصر أو الكلام.

قوله: بِخِلَافِ العَقْلِ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَتَهُ عَائِدَةٌ إِلَى جَمِيعِ الأَعْضَاءِ، فكان ذهاب العقل بمنزلة ذهاب الروح.

عَائِدَةٌ إِلَى جَمِيعِ الأَعْضَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ السَّمْعَ وَالكَلَامَ مُبْطَنٌ فَيُعْتَبَرُ بِالعَقْلِ، وَالبَصَرُ ظَاهِرٌ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ.

قَالَ: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ فَلَا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِيهِمَا (وَقَالَا: فِي المُوضِحَةِ القِصَاصُ) قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي العَيْنَيْنِ.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّ بِفَوَاتِ العَقْلِ تَبْطُلُ مَنْفَعَةُ جَمِيعِ الأَعْضَاءِ.

قوله: وَوَجْهُ الثَّانِي - وهو قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشَّجَّةَ تَدْخُلُ فِي دِيَةِ السَّمْعِ - أَنَّ السَّمْعَ وَالكَلَامَ مُبْطَنٌ فَيُعْتَبَرُ بِالعَقْلِ - فلذلك يدخل أرش الشجة في دية السمع والكلام - وَالبَصَرُ ظَاهِرٌ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ، أي: بذهاب العقل، فلذلك لا يدخل أرش الشجة في دية البصر.

وقال في «الإيضاح»: وهذا الفرق لا يتضح، وذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر تعليل أبي يوسف: ولكنا نقول: محل السمع غير محل الشجة، وكذلك محل البصر، وبتفويتهما لا تتبدل النفس، وإنما تجب الدية لتفويت منفعة مقصودة، فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة.

قوله: قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي العَيْنَيْنِ، أي: قال المشايخ: على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين، وإنما كرَّر لفظ قالوا؛ لأن الأول في قول أبي حنيفة والثاني في قولهما.

قوله: لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ، أي: فيما إذا شجَّ رجلًا موضحة فذهبت عيناه، قالا: في الموضحة القصاص، والدية في العينين.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الجِرَاحَةَ الأُولَى سَارِيَةٌ، إلى آخره، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: هذه جناية وسرايتُها، وقد تعذر إيجاب القصاص باعتبار سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار أصلها، كما لو قطع مفصلًا فشلت الأصبع؛ وهذا لأن السراية أثر الجناية وهي مع أصل

قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ مِنَ المِفْصَلِ الأَعْلَى فَشُلَّ مَا بَقِيَ مِنَ الأُصْبُعِ أَوِ اليَدِ كُلِّهَا لا قِصَاصَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ) وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي المِفْصَلِ الأَعْلَى وَفِيمَا بَقِيَ حُكُومَةُ عَدْلٍ (وَكَذَلِكَ لَوْ كَسَرَ سِنَّ رَجُلٍ فَاسْوَدَّ مَا بَقِيَ) وَلَمْ يَحْكِ خِلَافًا وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي السِّنِّ كُلِّهِ (وَلَوْ قَالَ: اقْطَعِ المِفْصَلَ وَاتْرُكْ مَا يَبِسَ أَوِ اكْسِرِ القَدْرَ المَكْسُورَ وَاتْرُكِ البَاقِيَ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ الفِعْلَ فِي نَفْسِهِ مَا وَقَعَ مُوجِبًا لِلْقَوَدِ فَصَارَ كَمَا لَوْ شَجَّهُ مُنَقِّلَةً فَقَالَ: أَشُجُّهُ مُوضِحَةً أَتْرُكُ الزِّيَادَةَ. لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ الفِعْلَ فِي مَحَلَّيْنِ فَيَكُونُ جِنَايَتَيْنِ مُبْتَدَأَتَيْنِ فَالشُّبْهَةُ فِي إِحْدَاهُمَا لا تَتَعَدَّى إِلَى الأُخْرَى، كَمَنْ رَمَى إِلَى رَجُلٍ عَمْدًا فَأَصَابَهُ وَنَفَذَ مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ فَقَتَلَهُ يَجِبُ القَوَدُ فِي الأَوَّلِ وَالدِّيَةُ فِي الثَّانِي. وَلَهُ أَنَّ الجِرَاحَةَ الأُولَى سَارِيَةٌ وَالجَزَاءُ بِالمِثْلِ، وَلَيْسَ فِي وُسْعِهِ السَّارِي فَيَجِبُ المَالُ، وَلِأَنَّ الفِعْلَ وَاحِدٌ حَقِيقَةً وَهُوَ الحَرَكَةُ القَائِمَةُ، وَكَذَا المَحَلُّ مُتَّحِدٌ مِنْ وَجْهٍ لِاتِّصَالِ أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ فَأَوْرَثَتْ نِهَايَتُهُ شُبْهَةَ الخَطَأِ فِي البِدَايَةِ، بِخِلَافِ النَّفْسَيْنِ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ مِنْ سِرَايَةِ

الجناية في حكم فعل واحد، والدليل على أنه سراية أن فعله أثر في نفس واحدة، والسراية عبارة عن آلام تتعاقب من الجناية على البدن، وذلك يتحقق في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع أصل النفس إذا مات من الجناية.

قوله: بِخِلَافِ النَّفْسَيْنِ، فإن الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدةٍ ليس بسراية الجناية الأولى؛ إذ لا تتصور السراية من نفسٍ إلى نفسٍ فلا بدَّ من أن يجعل ذلك في حكم فعل على حدةٍ وهو خطأ، ثم يعتبر حكم كل فعل بنفسه.

أو نقول: إن ذهاب البصر هُنا حصل بطريق التسبيب، فإن الفعل الأول بقي شجةً على ما كانت، والأصل في سراية الأفعال إذا حدثت لم يبق الأول، كالقطع إذا سرى إلى

صَاحِبِهِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَعَ السِّكِّينُ عَلَى الأُصْبُعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلًا مَقْصُودًا.

قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعًا فَشُلَّتْ إِلَى جَنْبِهَا أُخْرَى فَلَا قِصَاصَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا هُمَا وَزُفَرُ وَالحَسَنُ: يُقْتَصُّ مِنَ الأُولَى وَفِي الثَّانِيَةِ أَرْشُهَا. وَالوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ قَدْ ذَكَرْنَاهُ. وَرَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي المَسْأَلَةِ

النفس صار قتلًا ولم يبق قطعًا، وهاهُنا الشجة لا تنعدم بذهاب البصر، فكان الفعل الأول تسبيبًا إلى فوات البصر بمنزلة حفر البئر، والتسبيب لا يوجب القصاص، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: فَأَوْرَثَتْ نِهَايَتُهُ شُبْهَةَ الخَطَأِ فِي البِدَايَةِ، يعني: إذا صار لا يوجب القود لعاقبته أثر لذلك في البداية.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَعَ السِّكِّينُ عَلَى الأُصْبُعِ، يعني: لو قطع أصبعًا فاضطرب السكين وأصاب أصبعًا أخرى خطأ منه، اقتص في الأولى دون الثانية؛ لأنَّها قد صارت مقصودة، ونحن نسلم أنَّها تصلح مقصودة وإنما الكلام في احتمال الاتحاد، وذلك عند السراية يكون وقد وجد، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير»، وكذا أيضًا ذكر في «الإيضاح» فقال: بخلاف ما إذا انسل السكينُ إلى أصبع أخرى؛ لأن القطع في الأخرى ليس من أثر الفعل الأول، بل الفعل حله مقصودًا فتفرد بحكمه، وبهذا يُعلم أن فيما قاله في الكتاب بقوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلًا مَقْصُودًا، نظرًا، وأن الصواب فيما ذكره فخر الإسلام، وأبو الفضل رحمهما الله.

وقوله: وَقَالَا هُمَا وَزُفَرُ، والصواب من حيث الإعراب أن يقول: وقالا فيها وزفر؛ لما أن العطف على الضمير المرفوع المتصل لا يحسن بدون الفاصل.

قوله: وَالوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ قَدْ ذَكَرْنَاهُ، أي: آنفًا وهو في مسألة «الجامع الصغير» في قوله: وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ، إلى آخره.

الأُولَى وَهُوَ مَا إِذَا شُجَّ مُوضِحَةً فَذَهَبَ بَصَرُهُ أَنَّهُ يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ الحَاصِلَ بِالسِّرَايَةِ مُبَاشَرَةً كَمَا فِي النَّفْسِ وَالبَصَرُ يَجْرِي فِيهِ القِصَاصُ، بِخِلَافِ الخِلَافِيَّةِ الأَخِيرَةِ؛ لِأَنَّ الشَّلَلَ لا قِصَاصَ فِيهِ، فَصَارَ الأَصْلُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّ سِرَايَةَ مَا يَجِبُ فِيهِ القِصَاصُ إِلَى مَا يُمْكِنُ فِيهِ القِصَاصُ يُوجِبُ الِاقْتِصَاصَ كَمَا لَوْ آلَتْ إِلَى النَّفْسِ وَقَدْ وَقَعَ الأَوَّلُ ظُلْمًا. وَوَجْهُ المَشْهُورِ أَنَّ ذَهَابَ البَصَرِ بِطَرِيقِ التَّسْبِيبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ الشَّجَّةَ بَقِيَتْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا وَلا قَوَدَ فِي التَّسْبِيبِ، بِخِلَافِ السِّرَايَةِ إِلَى النَّفْسِ لِأَنَّهُ لا تَبْقَى الأُولَى فَانْقَلَبَتِ الثَّانِيَةُ مُبَاشَرَةً.

قَالَ: (وَلَوْ كَسَرَ بَعْضَ السِّنِّ فَسَقَطَتْ فَلَا قِصَاصَ) إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ (وَلَوْ أَوْضَحَهُ مُوضِحَتَيْنِ فَتَآكَلَتَا فَهُوَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ هَاتَيْنِ).

قوله: وَهُوَ مَا إِذَا شُجَّ مُوضِحَةً فَذَهَبَ بَصَرُهُ أَنَّهُ يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِمَا، أي: في الشجة وذهاب البصر.

فرق محمد رحمه الله على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة حيث يجب القصاص فيهما، وبين ذهاب السمع من الشجة فإنه لايجب القصاص فيه؛ لأنه لو ذهبَ سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهبَ سمعه لا يجب القصاص، لتعذر اعتبار المساواة، بخلاف ذهاب البصر فإن ذهاب البصر لو كان بفعل مقصود يجب القصاص، فكذلك بسراية الموضحة.

قوله: بِخِلَافِ الخِلَافِيَّةِ الأَخِيرَةِ، وهي قوله: وَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعًا فَشُلَّتْ إِلَى جَنْبِهَا أُخْرَى.

قوله: أَلَا يَرَى أَنَّ الشَّجَّةَ بَقِيَتْ مُوجِبَةً، حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة رحمه الله، والقصاص في الموضحة والأرش في العينين عندهما.

قوله: فَتَآكَلَتَا - أي: صارتا واحدةً، يعني: (هر دو موضحه يكى شد) - فَهُوَ عَلَى هَاتَيْنِ

قَالَ: (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَنَبَتَتْ مَكَانَهَا أُخْرَى سَقَطَ الأَرْشُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ: عَلَيْهِ الأَرْشُ كَامِلًا)؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ قَدْ تَحَقَّقَتْ وَالحَادِثُ نِعْمَةٌ مُبْتَدَأَةٌ مِنَ اللهِ تَعَالَى. وَلَهُ أَنَّ الجِنَايَةَ انْعَدَمَتْ مَعْنًى فَصَارَ كَمَا إِذَا قَلَعَ سِنَّ صَبِيٍّ

الرِّوَايَتَيْنِ، إشارة إلى قوله: وَلَوْ كَسَرَ بَعْضَ السِّنِّ فَسَقَطَتْ فَلَا قِصَاصَ إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ، أي: عن محمد، أي: في الموضحتين المتآكلتين لا قصاص في الرواية المشهورة، وعلى رواية ابن سماعة عن محمد كان فيهما القصاص.

وذكر على هذا التفسير في «الإيضاح» وقال: ولو ضربه بعصًا فأوضحه ثم ضربه أخرى إلى جنبها ثم تآكلتا حتى صارتا واحدة فهما موضحتان يقتصّ منه على قول محمد، وعلى الرواية المشهورة لا قصاص.

قوله: وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَنَبَتَتْ مَكَانَهَا أُخْرَى سَقَطَ الأَرْشُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أطلق هذه الرواية ولم يقيد بأن هذا الحكم في صورة الخطإ خاصة، أو هو في صورة الخطإ والعمد.

وذكر في «الذخيرة» ما يدل على أن هذا الحكم هكذا في صورة الخطإ والعمد مع أن القصاص يجري في السنِّ، سواء كان في الكسر أو في القلع؛ لأنه ذكر فيها وفي «المنتقى»: إذا كسر من سنِّ رجل طائفة منها انتظرتها حولًا، فإذا تمَّ الحول ولم تتغير فعليه القصاص يبرد بالمبرد، ويطلب لذلك طبيب عالم يقال له: قسها كم ذهب منها؟ فإذا ذهب النصف برد من سنِّ القالع النصف.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا نزع سن رجل فنبت نصفها فعليه نصف أرشها، ولا قصاص في ذلك، فإن نبت بيضاء تامَّة ثم نزعها آخر ينتظر بها سنة، فإن نبتَ وإلا اقتص منه، ولا شيء على الأول، وقال ابن أبي مالك: قال أبو يوسف: عليه الأرش بقدر الألم، وإذا نزع سنّ رجل عمدًا، وانتزع المنزوعة سنّه سنَّ النازع ثم نبت سن الأول، فعلى الأول أرش سن الثاني؛ لأن الأول لمَّا نبت تبيَّن أن القصاص لم يكن واجبًا، وأن الثاني نزع

فَنَبَتَتْ لا يَجِبُ الأَرْشُ بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُفْتِ عَلَيْهِ مَنْفَعَةً وَلا زِينَةً (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ) لِمَكَانِ الأَلَمِ الحَاصِلِ (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ غَيْرِهِ فَرَدَّهَا صَاحِبُهَا فِي مَكَانِهَا وَنَبَتَ عَلَيْهِ اللَّحْمُ فَعَلَى القَالِعِ الأَرْشُ بِكَمَالِهِ)؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا لا يُعْتَدُّ بِهِ إِذِ العُرُوقُ لا تَعُودُ (وَكَذَا إِذَا قَطَعَ أُذُنَهُ فَأَلصَقَهَا فَالتَحَمَتْ)؛ لِأَنَّهَا لا تَعُودُ إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ.

بغير حق كان ينبغي أن يجب القصاص، لكنه لم يجب القصاص لمكان الشبهة، فلا أقلَّ من أن يغرم الأرش على ما هو المذكور في الكتاب، وهذا تنصيصٌ على أنه إذا نبت السن المقلوعة ينتفي القصاص، وذكر قُبيل هذا:

وإذا قلع الرجل سن رجل خطأً ثم نبتَ فلا شيء على القالع عند علمائنا، ورُوي في النوادر أنه يجب الأرش، والصحيح ما قلناه؛ لأن القياس ينافي وجوب الأرش بالقلع وإن لم تنبت أخرى؛ لأن المتلف ليس بمال، ولكنا تركنا القياس بالنصِّ، والنص إنما أوجب الأرش إذا لم تنبت مكانها أخرى، فإذا نبتت مكانها أخرى يبقى على أصل القياس.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ - أي: فيما إذا قلع سن رجل بالغ ثم نبتَ مكانها أخرى تجب حكومة العدل - **لِمَكَانِ الأَلَمِ الحَاصِلِ**، أي: يقوم وليس به هذا الألم، ويقوم وبه هذا الألم، فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة، كذا نقل ركن الأئمة الصباغي[1] رحمه الله.

قوله: فَعَلَى القَالِعِ الأَرْشُ بِكَمَالِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا لا يُعْتَدُّ بِهِ، قال شيخ الإسلام رحمه

---

(١) هو الإمام الفقيه، ركن الأئمة، ومفتي الأمة، أبو المكارم، عبد الكريم بن محمد بن أحمد بن علي، الصباغي، المديني، تفقَّه علي أبي اليُسر محمد بن محمد البزدوي، إمام كبير له مشاركة تامة في العلوم، أخذ عنه جماعة منهم: نجم الدين مختار الزاهدي صاحب «القنية»، وله شرح على «مختصر القدوري»، ذكره صاحب «كشف الظنون».

انظر: «الجواهر المضية» (٢/ ٤٥٦)، «الفوائد البهية» (ص: ١٠١) وغيرهما.

(وَمَنْ نَزَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَانْتَزَعَ المَنْزُوعَةُ سِنُّهُ سِنَّ النَّازِعِ فَنَبَتَتْ سِنُّ الأَوَّلِ فَعَلَى الأَوَّلِ لِصَاحِبِهِ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ)؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَوْفَى بِغَيْرِ حَقٍّ؛ لِأَنَّ المُوجِبَ فَسَادُ المَنْبَتِ وَلَمْ يَفْسُدْ حَيْثُ نَبَتَ مَكَانَهَا أُخْرَى فَانْعَدَمَتِ الجِنَايَةُ، وَلِهَذَا يُسْتَأْنَى حَوْلًا بِالإِجْمَاعِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُنْتَظَرَ اليَأْسُ فِي ذَلِكَ لِلْقِصَاصِ، إِلَّا أَنَّ فِي اعْتِبَارِ ذَلِكَ تَضْيِيعَ الحُقُوقِ فَاكْتَفَيْنَا بِالحَوْلِ؛ لِأَنَّهُ تَنْبُتُ فِيهِ ظَاهِرًا، فَإِذَا مَضَى الحَوْلُ

الله: وهذا إذا لم تعد إلى حالها الأولى بعد النبات في المنفعة والجمال، والغالب أن لا تعود إلى تلك الحالة؛ لأن المقلوع لا يلتزق بالعصب والعروق في الغالب، فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلة، فأمّا لو تصور عود الجمال والمنفعة بالإنبات لم يكن على القالع شيء كما لو نبت السن المقلوعة، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَنَبَتَتْ سِنُّ الأَوَّلِ فَعَلَى الأَوَّلِ لِصَاحِبِهِ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ، أراد بالأول المنزوعة سنه أولًا، وهذا إذا نبت الثاني كالأول، وإن نبت معوجًا تجب حكومة عدل، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

الاستيناء: الانتظار يقال: استأنيتُ به، أي: انتظرته، ومنه: يستأني بالجراحات، أي: ينتظر مآل أمرها، وأصله من أنى يأني أنًى، أي: حانَ، فكان معنى قوله: وَلِهَذَا يُسْتَأْنَى حَوْلًا - أي: يؤجل سنة - بِالإِجْمَاعِ.

ثم هذه الرواية تخالف رواية «التتمّة» فإنه ذكر فيها: أن في سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح؛ لأن نبات سن البالغ نادرٌ فلا يفيد التأجيل، إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يوخذ الأرش؛ لأنه لا يدري عاقبته.

وفي «الذخيرة»: جعل الاستيناء مطلقًا قول بعض المشايخ فقال: وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولًا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعًا؛ لقوله صلّى الله عليه وسلّم: «في الجنايات كلها يُستأنى حولًا»، وذكر فيها قبل هذا: والأصل عندنا أنه يُستأنى في الجنايات كلها حولًا عمدًا كانت أو خطأً، وإنما قدر بالحول؛ لأن السنة مشتملة على الفصول الأربعة

وَلَمْ تَنْبُتْ قَضَيْنَا بِالقِصَاصِ، وَإِذَا نَبَتَتْ تَبَيَّنَ أَنَّا أَخْطَأْنَا فِيهِ وَالِاسْتِيفَاءُ كَانَ بِغَيْرِ حَقٍّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ القِصَاصُ لِلشُّبْهَةِ فَيَجِبُ المَالُ.

قَالَ: (وَلَوْ ضَرَبَ إِنْسَانٌ سِنَّ إِنْسَانٍ فَتَحَرَّكَتْ يُسْتَأْنَى حَوْلًا) لِيَظْهَرَ أَثَرُ فِعْلِهِ (فَلَوْ أَجَّلَهُ القَاضِي سَنَةً ثُمَّ جَاءَ المَضْرُوبُ وَقَدْ سَقَطَتْ سِنُّهُ فَاخْتَلَفَا قَبْلَ السَّنَةِ فِيمَا سَقَطَ بِضَرْبِهِ فَالقَوْلُ لِلْمَضْرُوبِ) لِيَكُونَ التَّأْجِيلُ مُفِيدًا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا شَجَّهُ مُوضِحَةً فَجَاءَ وَقَدْ صَارَتْ مُنَقِّلَةً فَاخْتَلَفَا حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَ الضَّارِبِ؛ لِأَنَّ المُوضِحَةَ لَا تُورِثُ

التي حصل بها قوام الإنسان، وهي الحرارة، والبرودة، واليبوسة، والرطوبة، فوجب الانتظار سنةً حتى يمرّ عليه الفصول الأربعة من السَّنة، فلعل فصلًا من فصول السنة يوافق طبع المجنى عليه فتبرأ جنايته وتلتئم أو يخالف طبعه فيموتُ، فكان مضي السنة في الغالب سببًا للبرء وللتلف، وقدر بالسنة لهذا كما قدرت مدة العنين بالسنة لهذا.

وفي «المجرد» عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا نزع سنّ إنسان ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينًا من النازع ثم يؤجله سنة من يوم النزع، فإذا مضت سنة ولم ينبت اقتص منه، قال هشام: قلتُ لمحمد رحمه الله فيمن ضرب سنّ رجل فسقط: أنتظر بها حولًا لعلها تنبت، قال: لا، فقلتُ: أقال واحد من إخوانك ينتظر؟ قال: لا، إنما ذلك إذا تحركت.

قوله: فَاخْتَلَفَا قَبْلَ السَّنَةِ فِيمَا سَقَطَ بِضَرْبِهِ، أي: اختلفا في سبب السقوط قبل مضي السنة فقال المضروب: إنّما سقطت سنّي بسبب ضربك، وقال الضارب: لا بل سقطت بضربة غيري، فإن كان سقوطها قبل مضي السنة فالقول للمضروب، وإن سقطت بعد السنة فالقول للضارب.

وقوله: فَالقَوْلُ لِلْمَضْرُوبِ؛ لِيَكُونَ التَّأْجِيلُ مُفِيدًا، يعني: أن التأجيل إنما كان لظهور عاقبة الأمر، فلو لم يقبل قول المضروب كان التأجيل وعدمه سواءً.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا شَجَّهُ مُوضِحَةً فَجَاءَ وَقَدْ صَارَتْ مُنَقِّلَةً فَاخْتَلَفَا، أي: قال

الْمُنَقِّلَةَ، أَمَّا التَّحْرِيكُ فَيُؤَثِّرُ فِي السُّقُوطِ فَافْتَرَقَا (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ بَعْدَ السَّنَةِ فَالْقَوْلُ لِلضَّارِبِ)؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ أَثَرَ فِعْلِهِ وَقَدْ مَضَى الأَجَلُ الَّذِي وَقَّتَهُ الْقَاضِي لِظُهُورِ الأَثَرِ فَكَانَ الْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ (وَلَوْ لَمْ تَسْقُطْ لا شَيْءَ عَلَى الضَّارِبِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ الأَلَمِ، وَسَنُبَيِّنُ الوَجْهَيْنِ بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. (وَلَوْ لَمْ تَسْقُطْ وَلَكِنَّهَا اسْوَدَّتْ يَجِبُ الأَرْشُ فِي الخَطَإِ عَلَى العَاقِلَةِ وَفِي العَمْدِ فِي مَالِهِ، وَلَا يَجِبُ

المشجوج للضارب صارت منقلة من ضربتك وأنكر الضارب.

وذكر في «المبسوط» الاختلاف في إسوداد السن فقال: وإن قال الضارب: قد اسودتُّ من ضربة حدثت فيها بعد ضربتي وكذبه المضروب فالقول قول المضرب مع يمينه، إلا أن لا يقيم الضارب البينة على ما ادَّعى، والأصح أن القول قول الضارب في القياس؛ لأنه ينكسر السبب الموجب للضمان، فإن الضربة بنفسها لا توجب عليه الضمان ما لم يكن سواد السن بتلك الضربة، فإنكاره حدوث السواد بها كإنكاره أصل الضربة فيكون القول قوله في ذلك، وعلى المضروب إثبات ما يدعي بالبينة، وفي الاستحسان القول قول المضروب؛ لأن الموجب للضمان على الضارب فعله وقد عرفنا حلول فعله بهذا المحل، وما يظهر عقيب السبب يحال به عليه ما لم يعلم غيره؛ لأن الظاهر شاهد للمضروب؛ لأن ما يدعيه الضارب من ضربة أخرى من غيره لم يظهر، فالقول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه إلا أن يقيم الضارب بينةً على ما ادعى من ضربةٍ أخرى.

قوله: وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ - أي: في سقوط السن - بَعْدَ السَّنَةِ، أي: قال المضروب: إنما سقطَ سنِّي بضربك، فقال الضارب: لا بل سقط بسبب آخر.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ الأَلَمِ، وفي بعض النُّسخ (وعن أبي حنيفة) مكان قوله: وعن أبي يوسف، والأول أصح؛ لأنه ذكر قول أبي يوسف فيما بعد في حق هذا الحكم؛ ولأنه ذكر في «الذخيرة» وغيرها قول أبي يوسف في هذا الموضع.

قوله: وَسَنُبَيِّنُ الوَجْهَيْنِ، وهما وجه قوله: لا شَيْءَ عَلَى الضَّارِبِ، ووجه حُكُومَةُ

القِصَاصُ)؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ أَنْ يَضْرِبَهُ ضَرْبًا تَسْوَدُّ مِنْهُ (وَكَذَا إِذَا كَسَرَ بَعْضَهُ وَاسْوَدَّ البَاقِي) لا قِصَاصَ لِمَا ذَكَرْنَا (وَكَذَا لَوِ احْمَرَّ أَوِ اخْضَرَّ) وَلَوِ اصْفَرَّ فِيهِ رِوَايَتَانِ.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَالتَحَمَتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ وَنَبَتَ الشَّعْرُ سَقَطَ الأَرْشُ) عِنْدَ

الأَلَمِ، والموعود فيما: بَعْدَ هَذَا، هو قوله: سَقَطَ الأَرْشُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لِزَوَالِ الشَّيْنِ المُوجِبِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هُوَ أَرْشُ الأَلَمِ وَهُوَ حُكُومَةُ عَدْلٍ، لِأَنَّ الشَّيْنَ إِنْ زَالَ فَالأَلَمُ الحَاصِلُ مَا زَالَ.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ أَنْ يَضْرِبَهُ ضَرْبًا تَسْوَدُّ.

قوله: وَكَذَا لَوِ احْمَرَّ أَوِ اخْضَرَّ، أي: لا قصاص، بل يجب الأرش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله.

وأمَّا لَوِ اصْفَرَّ ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن فيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: يجب كمال أرش السنِّ كما في الإسوداد والإحمرار، وبعضهم قالوا: يجب حكومة عدل؛ لأنه لم يفوت جنس منفعة السنِّ ولا فوت الجمال على الكمال؛ لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الإنسان، وإنما تمكن فيه نوع نقص فيجب حكومة عدل، وأمَّا الخضرة والحمرة والسواد لا يكون لون الأسنان بحال، فيكون مفوتًا الجمال على الكمال كما في الأذنين.

ثم إن محمدًا رحمه الله أوْجَب كمال الأرش بإسوداد السن، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى، أو من العوارض التي ترى، قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل، إن كان السن من الأضراس التي لا ترى إن فاتَ منفعة المضغ بالإسوداد يجب الأرش كاملًا، وإن لم تفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة عدلٍ؛ لأن منفعته قائمة وجماله ليس بظاهر، فهو كثُنْدوة[1] الرجل فتجب فيه حكومة عدل، وإن كان السن من العوارض التي ترى ويظهر من الإنسان يجب كمال الأرش بالإسوداد وإن لم تفت منفعة؛

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): بفتح أوله لحم الثدي، أو أصله، كذا في «القاموس».

أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِزَوَالِ الشَّيْنِ المُوجِبِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَرْشُ الأَلَمِ وَهُوَ حُكُومَةُ عَدْلٍ؛ لِأَنَّ الشَّيْنَ إِنْ زَالَ فَالأَلَمُ الحَاصِلُ مَا زَالَ فَيَجِبُ تَقْوِيمُهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَهُ أَجْرُ الطَّبِيبِ وَثَمَنُ الدَّوَاءِ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ أَخَذَ ذَلِكَ مِنْ مَالِهِ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ: إِنَّ المَنَافِعَ عَلَى أَصْلِنَا لا تَتَقَوَّمُ إِلَّا بِعَقْدٍ أَوْ بِشُبْهَةٍ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الجَانِي فَلَا يَغْرَمُ شَيْئًا.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَجَرَحَهُ فَبَرِئَ مِنْهَا فَعَلَيْهِ أَرْشُ الضَّرْبِ) مَعْنَاهُ:

لأنه فوت جمالًا ظاهرًا على الكمال، هذا كله من «الذخيرة».

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَرْشُ الأَلَمِ وَهُوَ حُكُومَةُ عَدْلٍ، وفي «شرح الطحاوي»: ورُوي عن أبي يوسف رحمهما الله أنه قال: يجب فيه حكومة الألم، ثم قال فيه: أي: أجر العلاج، وأجر الطبيب.

قوله: فَصَارَ كَأَنَّهُ أَخَذَ ذَلِكَ مِنْ مَالِهِ - أي: فصار كأن الضارب أخذ ذلك القدر من مال المضروب وأعطاه إلى الطبيب - إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: إِنَّ المَنَافِعَ عَلَى أَصْلِنَا لا تَتَقَوَّمُ، هذا جواب عن قولهما وهو قوله: فَالأَلَمُ الحَاصِلُ مَا زَالَ فَيَجِبُ تَقْوِيمُهُ، وقوله: إِنَّمَا لَزِمَهُ أَجْرُ الطَّبِيبُ، فقال: فيحمل الألم من المنافع، وكذلك معالجة الطبيب، والمنافع إنما تتقوم بالعقد كما في عقد الإجارة الصحيحة، والمضاربة الصحيحة، أو بشبه العقد كما في الإجارة الفاسدة، والمضاربة الفاسدة، وَلَمْ يُوجَدْ - أحدهما - فِي حَقِّ الجَانِي فَلَا يَغْرَمُ شَيْئًا.

وذكر في «المبسوط»: ولو قلع سن رجل فنبتَ كما كان فلا شيء عليه في ظاهر الرواية، وقد رُوي عن محمد: تجب عليه حكومة العدل بقدر ما لحقه من الألم، وعن أبي يوسف: يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لا يجب شيء؛ لأنه لا قيمة لمجرد الألم، ألا ترى أنه لو ضربَ ضربة تألم بها ولم تؤثر فيه لا يجب شيء، أرأيتَ لو شتمه شتمة أكان عليه أرش باعتبار إيلام حلَّ بقلبه؟

إِذَا بَقِيَ أَثَرُ الضَّرْبِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَبْقَ أَثَرُهُ فَهُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ قَدْ مَضَى فِي الشَّجَّةِ الْمُلْتَحِمَةِ. قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خطأً ثُمَّ قَتَلَهُ خطأً قَبْلَ الْبُرْءِ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ وَسَقَطَ عَنْهُ أَرْشُ الْيَدِ)؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَالْمُوجَبُ وَاحِدٌ وَهُوَ الدِّيَةُ وَإِنَّهَا بَدَلُ النَّفْسِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا فَدَخَلَ الطَّرَفُ فِي النَّفْسِ كَأَنَّهُ قَتَلَهُ ابْتِدَاءً.

قَالَ: (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا جِرَاحَةً لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ حَتَّى يَبْرَأَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُقْتَصُّ مِنْهُ فِي الْحَالِ اعْتِبَارًا بِالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمُوجِبَ قَدْ تَحَقَّقَ فَلَا يُعَطَّلُ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «يُسْتَأْنَى فِي الْجِرَاحَاتِ سَنَةً»؛ وَلِأَنَّ الْجِرَاحَاتِ يُعْتَبَرُ فِيهَا مَآلُهَا لَا حَالُهَا؛ لِأَنَّ حُكْمَهَا فِي الْحَالِ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَعَلَّهَا تَسْرِي إِلَى النَّفْسِ فَيَظْهَرُ أَنَّهُ قَتَلَ وَإِنَّمَا يَسْتَقِرُّ الْأَمْرُ بِالْبُرْءِ.

قَالَ: (وَكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ فِيهِ بِشُبْهَةٍ فَالدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ، وَكُلُّ أَرْشٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ فَهُوَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تَعْقِلُ الْعَوَاقِلُ عَمْدًا» الْحَدِيثُ. وَهَذَا عَمْدٌ، غَيْرَ أَنَّ الْأَوَّلَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛

قوله: فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَبْقَ أَثَرُهُ فَهُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ قَدْ مَضَى، وهو سقوط الأرش عند أبي حنيفة رحمه الله، ووجوب أرش الألم عند أبي يوسف، ووجوب أجرة الطبيب عند محمد رحمهما الله.

وقيَّد في وضع المسألة بقوله: فَجَرَحَهُ؛ لأنه إذا لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق، كذا ذكره الإمام الكشاني، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: ثُمَّ قَتَلَهُ، أي: خطأ.

قوله: لِأَنَّ الْجِنَايَةَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، لأن كل واحدٍ منهما خطأ.

لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالقَتْلِ ابْتِدَاءً فَأَشْبَهَ شِبْهَ العَمْدِ. وَالثَّانِي يَجِبُ حَالًا؛ لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالعَقْدِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ.

قَالَ: (وَإِنْ قَتَلَ الأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَجِبُ حَالَّةً؛ لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ مَا يَجِبُ بِالإِتْلَافِ يَجِبُ حَالًّا، وَالتَّأْجِيلُ لِلتَّخْفِيفِ فِي الخَاطِئِ وَهَذَا عَامِدٌ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ؛ وَلِأَنَّ المَالَ وَجَبَ جَبْرًا لِحَقِّهِ، وَحَقُّهُ فِي نَفْسِهِ حَالٌّ فَلَا يَنْجَبِرُ بِالمُؤَجَّلِ. وَلَنَا أَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالقَتْلِ فَيَكُونُ مُؤَجَّلًا كَدِيَةِ الخَطَإِ وَشِبْهِ العَمْدِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى تَقَوُّمَ الآدَمِيِّ بِالمَالِ لِعَدَمِ التَّمَاثُلِ، وَالتَّقْوِيمُ ثَبَتَ بِالشَّرْعِ وَقَدْ وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلًا لَا مُعَجَّلًا فَلَا يَعْدُلُ عَنْهُ لَا سِيَّمَا إِلَى زِيَادَةٍ، وَلَمَّا لَمْ يَجُزِ التَّغْلِيظُ بِاعْتِبَارِ العَمْدِيَّةِ قَدْرًا لَا يَجُوزُ وَصْفًا (وَكُلُّ جِنَايَةٍ اعْتَرَفَ بِهَا الجَانِي فَهِيَ فِي مَالِهِ وَلَا يُصَدَّقُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِمَا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّ الإِقْرَارَ

قوله: لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالقَتْلِ ابْتِدَاءً، أي: لا بمعنى يحدث بعد القتل كالصلح على المال.

قوله: لِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى تَقَوُّمَ الآدَمِيِّ بِالمَالِ لِعَدَمِ التَّمَاثُلِ؛ لأن الآدمي مالك متبذِل والمال مملوك مبتذَل فلا يتماثلان.

قوله: لا سِيَّمَا إِلَى زِيَادَةٍ، وهي المعجل؛ لأن المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية، ألا ترى أن في العرف يشترى الشيء بالنسيئة أكثر ممَّا يشترى بالنقد، فإيجاب المال حالًا بالقتل يكون زيادةً على ما أوجبه الشرع معنًى، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَمَّا لَمْ يَجُزِ التَّغْلِيظُ بِاعْتِبَارِ العَمْدِيَّةِ قَدْرًا - أي: لم تجز الزيادة على عشرة آلاف درهم - لا يَجُوزُ وَصْفًا؛ لأن الوصف تبع للقدر.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله: صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا تعقل العاقلة عمدًا ولا اعترافًا».

لا يَتَعَدَّى المُقِرَّ لِقُصُورِ وِلايَتِهِ عَنْ غَيْرِهِ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ العَاقِلَةِ.

قَالَ: (وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ خَطأٌ وَفِيهِ الدِّيَةُ) عَلَى العَاقِلَةِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ جِنَايَةٍ مُوجَبُهَا خَمْسِمِائَةٍ فَصَاعِدًا وَالمَعْتُوهُ كَالمَجْنُونِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: عَمْدُهُ عَمْدٌ حَتَّى تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ حَالَّةً)؛ لِأَنَّهُ عَمْدٌ حَقِيقَةً، إذِ العَمْدُ هُوَ القَصْدُ غَيْرَ أَنَّهُ تَخَلَّفَ عَنْهُ أَحَدُ حُكْمَيْهِ وَهُوَ القِصَاصُ فَيَنْسَحِبُ عَلَيْهِ حُكْمُهُ الآخَرُ وَهُوَ الوُجُوبُ فِي مَالِهِ، وَلِهَذَا تَجِبُ الكَفَّارَةُ بِهِ، وَيَحْرُمُ عَنِ المِيرَاثِ عَلَى أَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَانِ بِالقَتْلِ.

وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ جَعَلَ عَقْلَ المَجْنُونِ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَقَالَ: عَمْدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ؛ وَلِأَنَّ الصَّبِيَّ مَظِنَّةُ المَرْحَمَةِ، وَالعَاقِلُ الخَاطِئُ لَمَّا اسْتَحَقَّ التَّخْفِيفَ حَتَّى وَجَبَتِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ فَالصَّبِيُّ وَهُوَ أَعْذَرُ أَوْلَى بِهَذَا التَّخْفِيفِ. وَلا نُسَلِّمُ تَحَقُّقَ العَمْدِيَّةِ فَإِنَّهَا تَتَرَتَّبُ عَلَى العِلْمِ وَالعِلْمُ بِالعَقْلِ، وَالمَجْنُونُ عَدِيمُ العَقْلِ وَالصَّبِيُّ قَاصِرُ العَقْلِ فَأَنَّى يَتَحَقَّقُ مِنْهُمَا القَصْدُ وَصَارَ كَالنَّائِمِ.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: عَمْدُهُ عَمْدٌ، أي: عمد كل واحدٍ منهم.

قوله: وَلِهَذَا تَجِبُ الكَفَّارَةُ بِهِ، أي: بالمال، وإنما قيَّد به؛ لأنَّهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهما، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَيَحْرُمُ عَنِ المِيرَاثِ عَلَى أَصْلِهِ؛ - أي: ثبتَ هذان الحكمان، وهما وجوب الكفارة، وحرمان الميراث على أصل الشافعي - لِأَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَانِ بِالقَتْلِ، فعُلِم بهذا أنَّهما مطالبان بموجب القتل، فكذلك هاهُنا لمَّا تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص،

وَحِرْمَانُ الْمِيرَاثِ عُقُوبَةٌ، وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْعُقُوبَةِ وَالْكَفَّارَةُ كَاسْمِهَا سَتَّارَةٌ: وَلَا ذَنْبَ تَسْتُرُهُ؛ لِأَنَّهُمَا مَرْفُوعَا الْقَلَمِ.

فينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله؛ إذ الأصلُ ذلك، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي الجَنِيْنِ

قَالَ: (وَإِذَا ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَفِيهِ غُرَّةٌ وَهِيَ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ دِيَةُ الرَّجُلِ، وَهَذَا فِي الذَّكَرِ، وَفِي الأُنْثَى عُشْرُ دِيَةِ المَرْأَةِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجِبَ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُتَيَقَّنْ بِحَيَاتِهِ، وَالظَّاهِرُ لا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلاسْتِحْقَاقِ.

فصل في الجنين

لمَّا فرغ من بيان أحكام القتل المتعلقة بالآدمين من كل وجهٍ، شرع في بيان أحكام المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين؛ وهذا لأن الجنين ما دام مجتنًّا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأم، ولكنه منفرد بالحياة معد ليكون نفسًا له ذمة، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلًا لوجوب الحق له من عتق، أو إرث، أو نسب، أو وصية، وباعتبار الوجه الأول وهو كونه جزء الأم لا يكون أهلًا لوجوب الحق عليه، كذا في «أصول الفقه» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

غُرَّة المال: خياره كالفرس، والبعير النجيب، والعبد، والأمة الفارهة، كذا في «المغرب».

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام»: سمي بدل الجنين غرة؛ لأن الواجب عبد والعبد يسمى غرَّة، وقيل: لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية، وغرَّة الشيء أوله كما سُمِّي أول الشهر غرة، وسُمِّي وجه الإنسان غرة؛ لأنه أول شيء يظهر فيه الوجه.

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجِبَ شَيْءٌ، قال في «الذخيرة»: وهو قول زفر رحمه الله.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ «فِي الجَنِينِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمْسُمِائَةٍ» وَيُرْوَى «أَوْ خَمْسُمِائَةٍ» فَتَرَكْنَا القِيَاسَ بِالأَثَرِ،

وفي «المبسوط»: ثم القياس في الجنين أحد شيئين:

إمَّا أن لا يجب فيه شيء؛ لأنه لم تعرف حياته وفعل القتل لا يتحقق إلا في محل هو حي، والضمان بالشك لا يتحقق.

ولا يقال: الظاهر أنه حيٌّ أو معد للحياة؛ لأن الظاهر حجة يدفع الاستحقاق دون الاستحقاق به، ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان الأم إن تمكن فيها نقصان، وإن لم يتمكن لا يجب شيء، والقياس أن يجب كمال الدية؛ لأن الضارب منع حدوث صفة الحياة فيه فيكون كالمزهق للحياة، وفيما يلزمه من البدل كولد المغرور فإنه حرٌّ بالقيمة لهذا المعنى أنه منع حدوث الرق فيه، ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحياة، فيجعل كالحي في إيجاب الضمان بإتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في إيجاب الجزاء عليه بكسره، ولكنا تركنا القياس بالسنة وهي حديث حمل بن مالك على ما يجيء.

وفي «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي: حُكِي أن رجلًا سأل زفر عن هذه المسألة فقال زفر: فيه غرة عبد أو أمة، فقال السائل: ولِمَ؟ والحال لا يخلو: إمَّا أن كان عدم الروح بموته بضربه أو ليس من ضربه بأن لم ينفخ فيه الروح، فإن ماتَ من ضربه تجب دية كاملة، وإن كان عدم الروح بموته لا من ضربه لا يجب شيء، فسكتَ زفر رحمه الله، فقال له السائل: أعتقتك سائبةً، فجاء زفر إلى أبي يوسف فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر، فحاجَّه بمثل ما حاجَّه السائل فقال: التعبُّد التعبُّد، أي: ثابت بالسنة من غير أن يدرك فيه بالعقل.

قوله: رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «فِي الجَنِينِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمْسُمِائَةٍ»، ففي هذا الحديث وأمثاله دليل لنا على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف؛ لأن بدل الجنين بالاتفاق نصف عشر الدية، وقد قدر ذلك بخمسمائة، فعرفنا أن جميع الدية عشرة آلاف، وفيه دليل على أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتًا صحيحًا بل باعتبار صفة المالية؛ لأنه لمَّا أوجب في الجنين عبدًا أو أمةً نصَّ على مقدار المالية وهو خمسمائة، كذا في «المبسوط».

وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ قَدَّرَهَا بِسِتِّمِائَةٍ نَحْوُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ (وَهِيَ عَلَى العَاقِلَةِ) عِنْدَنَا إِذَا كَانَتْ خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَقَالَ مَالِكٌ:

قوله: وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ قَدَّرَهَا بِسِتِّمِائَةٍ نَحْوُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ، وذكر في «شرح الأقطع»: وهذا الخلاف مع اتفاقهم على أنَّها نصف عشر الدية، إلا أن الدية عندنا مقدرة بعشرة آلاف فنصف عشرها خمسمائة، وعنده مقدرة باثني عشر ألفًا فنصف عشرها ستمائة.

قوله: وَهِيَ عَلَى العَاقِلَةِ عِنْدَنَا إِذَا كَانَتْ خَمْسَمِائَةٍ، وقيَّد بهذا احترازًا عن جنين الأمة إذا كانت لا تبلغ خمسمائة، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله، لكن هذا لا يتضح لي؛ لأن ما وجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقًا من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة درهم على ما يجيء، كذا في «الإيضاح»، و«الذخيرة» وغيرهما.

والغرة في جنين الحرة لا تكون أقل من خمسمائة، فلا يكون في تقييده بقوله: إِذَا كَانَتْ خَمْسَمِائَةٍ، فائدةٌ حينئذٍ، والله تعالى أعلم.

وذكر في «الذخيرة»: وإذا ضرب بطن امرأته وألقت جنينًا ميتًا فقد قال في «الجامع الصغير»: إن على عاقلة الأب الغرة؛ لأن الأب ساوى الأجنبي في سبب وجوب الغرة، وهو الضرب والقتل فيساويه في وجوب الغرة.

قوله: حَيْثُ قَالَ «دُوهُ»، أمر من الودى، قال في «المبسوط»: أي: أدوا ديته، فقد جعله في حكم النفوس، وسُمِّي الواجب في بدله دية وهو اسم لبدل النفس.

وهذا الذي ذكره من الحديث حديث حمل بن مالك بن نابغة الهُذلي قال: كنتُ بين جاريتين لي فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاطٍ أو بمسطح خيمة فألقت جنينًا ميتًا، فاختصم أولياؤها إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، فقال صلَّى الله عليه وسلَّم لأولياء الضاربة: «دُوهُ»، فقال أخوها عمران بن عويمر الأسلمي: أندي من لا صاح، ولا استهل، ولا شرب، ولا أكل، ومثل دمه بطل؟ فقال: «أسجع كسجع الكهان»، وفي رواية: «دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه» الحديث، ففيه تنصيصٌ على إيجاب الدية على العاقلة.

فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الجُزْءِ.

وَلَنَا أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «قَضَى بِالغُرَّةِ عَلَى العَاقِلَةِ»؛ وَلِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ وَلِهَذَا سَمَّاهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - دِيَةً حَيْثُ قَالَ «دُوهُ» وَقَالُوا: «أَنَدِي مَنْ لَا صَاحَ وَلَا اسْتَهَلَّ» الحَدِيثُ، إِلَّا أَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ مَا دُونَ خَمْسِمِائَةٍ.

(وَتَجِبُ فِي سَنَةٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ وَلِهَذَا يَكُونُ مَوْرُوثًا بَيْنَ وَرَثَتِهِ. وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ قَالَ: «بَلَغَنَا أَنَّ رَسُولَ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - جَعَلَهُ عَلَى العَاقِلَةِ فِي سَنَةٍ»؛ وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ بَدَلَ النَّفْسِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ نَفْسٌ عَلَى حِدَةٍ فَهُوَ بَدَلُ العُضْوِ

قوله: لِأَنَّهُ بَدَلُ الجُزْءِ، أي: جزء الأم.

قوله: وَتَجِبُ فِي سَنَةٍ، وبهذا يستدل الليث بن سعدٍ على أن بدل الجنين يكون للأم ويقول: لأنه في حكم جزءٍ من أجزائها، ألا ترى أن يقرض عنها بالمقراض فيكون بدله لها كسائر أجزائها، والدليل عليه أنه يكون مؤجلًا في سنة، فبدل الطرف هو الذي يتأجل في سنة، فأمّا بدل النفس فيكون في ثلاث سنين قل أو كثر، كما لو اشترك عشرون رجلًا في قتل رجل يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين.

وحجتنا في ذلك قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «دُوهُ»، أي: أدُّوا ديته فقد جعله في حكم النفس، وسُمِّي الواجب في بدله دية وهو اسم لبدل النفس، والدليل عليه أن بدل الجزء لا يجب بدون بقاء النقصان، حتى لو قلع سنًّا فنبتَ مكانه أخرى لم يجب شيء، وهاهُنا يجب بدل الجنين وإن لم يكن في الأم نقصان، دلَّ أن وجوبه باعتبار معنى النفسية وبدل النفس يكون موروثًا عن صاحبها وهو في الحقيقة نفس مودعة في الأمّ حتى تنفصل منها حية، فالجناية عليها قبل الانفصال معتبر بالجناية عليها بعد الانفصال، إلا أنه من وجه يشبه الجزء فلا يثبت من التأجيل فيه إلا القدر المتيقن به، كذا في «المبسوط».

مِنْ حَيْثُ الِاتِّصَالُ بِالأُمِّ فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهِ الأَوَّلِ فِي حَقِّ التَّوْرِيثِ، وَبِالثَّانِي فِي حَقِّ التَّأْجِيلِ إِلَى سَنَةٍ؛ لِأَنَّ بَدَلَ العُضْوِ إِذَا كَانَ ثُلُثَ الدِّيَةِ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ العُشْرِ يَجِبُ فِي سَنَةٍ، بِخِلَافِ أَجْزَاءِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهَا عَلَى مَنْ وَجَبَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ (وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّ فِي الحَيَّيْنِ إِنَّمَا ظَهَرَ التَّفَاوُتُ لِتَفَاوُتِ مَعَانِي الآدَمِيَّةِ وَلَا تَفَاوُتَ فِي الجَنِينِ فَيُقَدَّرُ

قوله: فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهِ الأَوَّلِ، وهو أن بدل الجنين بدل النفس.

قوله: وَبِالثَّانِي، هو أن بدل الجنين بدل العضو.

قوله: لِأَنَّ بَدَلَ العُضْوِ إِذَا كَانَ ثُلُثَ الدِّيَةِ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ العُشْرِ يَجِبُ فِي سَنَةٍ، وهذا هو الصحيح من لفظ الكتاب.

وقوله: أَكْثَرَ، بدون الواو بدل: أَقَلَّ، أي: إذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر، ففي بعض النسخ: أو أكثر، وفي بعضها: وأكثر، وكلاهما غير صحيح؛ لأنه لا يبقى بدلًا حينئذ.

قوله: بِخِلَافِ أَجْزَاءِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهَا عَلَى مَنْ وَجَبَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وقد ذكرنا صورته، وهي أنه إذا اشترك عشرون رجلًا في قتل رجل خطأ، إلى آخره على ما يجيء في المعاقل إن شاء الله تعالى.

قوله: وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى - أي: في وجوب قدر الغرَّة بأنه عبد أو أمة قيمته خمسمائة - لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «فِي الجَنِينِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمْسُمِائَةِ درهم».

قوله: وَلِأَنَّ فِي الحَيَّيْنِ - أي: من الذكر والأنثى، وكان هاهُنا بخط شيخي رحمه الله: يعني: (هر دو چيز زنده) - إِنَّمَا ظَهَرَ التَّفَاوُتُ - أي: التفاوت في الدية بأن كان دية الذكر ألف دينار من الذهب، ودية الأنثى خمسمائة دينار - لِتَفَاوُتِ مَعَانِي الآدَمِيَّةِ، أي: في المالكية.

بِمِقْدَارٍ وَاحِدٍ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ. (فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ)؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَيًّا بِالضَّرْبِ السَّابِقِ (وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتِ الأُمُّ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ بِقَتْلِ الأُمِّ وَغُرَّةٌ بِإِلْقَائِهَا) وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَضَى فِي هَذَا بِالدِّيَةِ وَالغُرَّةِ» (وَإِنْ مَاتَتِ الأُمُّ مِنَ الضَّرْبَةِ ثُمَّ خَرَجَ الجَنِينُ بَعْدَ ذَلِكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ فِي الأُمِّ وَدِيَةٌ فِي الجَنِينِ)؛ لِأَنَّهُ قَاتِلُ شَخْصَيْنِ. (وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ أَلْقَتْ مَيِّتًا فَعَلَيْهِ دِيَةٌ

وتفسير ذلك ما ذكره في «الإيضاح» بقوله: لأن تفصيل بدل الذكر على بدل الأنثى باعتبار تفاضل ما بينهما في المالية، فإن الذكر مالك مالًا ونكاحًا، والأنثى مالكة مالًا مملوكة نكاحًا، فكان التفاوت بينهما فيما هو من خصائص الآدمية، وهذا المعنى مؤثر في التفاوت في البدل، وهذا المعنى معدوم في الجنين، وإذا لم يتفاوتا استويا في البدل.

وذكر في «المبسوط»: وقد سوَّى بين الذكور والإناث يعني في بدل الجنين؛ لأنه يتعذر في الجنين التمييز بين الذكر والأنثى خصوصًا قبل أن يتم خلقه، فإن وجوب البدل لا يختص بما بعد تمام الخلقة.

قوله: فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ، وأجناس هذه المسألة المذكورة لا تنقلب عن الأربعة التي هي القسمة العقلية؛ وذلك لأن خروج الجنين من الأم إمَّا أن كان في حال حياتهما، أو في حال مماتهما، أو في حال حياة الأم وممات الجنين، أو على العكس، والأقسام كلها مع أحكامها مذكورة في الكتاب.

وقوله: فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا، هو القسم الأول؛ لأن **قوله**: حَيًّا، تنصيص على حياة الجنين.

وقوله: فَإِنْ أَلْقَتْهُ، أسند الإلقاء إلى الأم وهو دليل على حياة الأم؛ لأنه إنما يستند هو إليها حال حياتها لا بعد موتها.

وفي «المبسوط»: وإن خرج الجنين حيًّا بعد الضربة ثم ماتَ ففيه الدية كاملة؛ لأنه لمَّا انفصل حيًّا كان نفسًا من كل وجهٍ، وقتل النفس المؤمنة يوجب الدية والكفارة؛ قال الله تعالى:

فِي الأُمِّ وَلا شَيْءَ فِي الجَنِينِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الغُرَّةُ فِي الجَنِينِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَوْتُهُ بِالضَّرْبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَلْقَتْهُ مَيِّتًا وَهِيَ حَيَّةٌ. وَلَنَا أَنَّ مَوْتَ الأُمِّ أَحَدُ سَبَبَيِ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَنِقُ بِمَوْتِهَا إِذْ تَنَفُّسُهُ بِتَنَفُّسِهَا فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالشَّكِّ.

قَالَ: (وَمَا يَجِبُ فِي الجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ نَفْسِهِ فَيَرِثُهُ وَرَثَتُهُ (وَلا يَرِثُهُ الضَّارِبُ، حَتَّى لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَتِهِ فَأَلْقَتْ ابْنَهُ مَيِّتًا فَعَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ غُرَّةٌ وَلا يَرِثُ مِنْهَا)؛ لِأَنَّهُ قَاتِلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ مُبَاشَرَةً وَلا مِيرَاثَ لِلْقَاتِلِ.

﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢].

قوله: وَلَنَا أَنَّ مَوْتَ الأُمِّ أَحَدُ سَبَبَيِ مَوْتِهِ، أي: موت الجنين، يعني: أن لموت الجنين الذي خرج ميتًا من الأم الميتة سببين:

أحدهما: ضرب الضارب، والآخر: اختناقه بموت الأم، فلو نظرنا إلى الأول تجب الغرَّة على الضارب، ولو نظرنا إلى الثاني لا يجب، فلا يجب بالشك.

فإن قلتَ: كما أن الشك ثابت في موت الجنين بضرب الضارب في هذه الصورة، فكذلك الشك ثابت أيضًا فيما إذا خرج الجنين ميتًا من أمه الحية؛ لأنه يحتمل أنه لم ينفخ فيه الروح بعد؛ لما ذكرت من «المبسوط» أن وجوب الغرة لا يتوقف إلى تمام الخلقة، بل تجب الغرة وإن لم تتم خلقة الجنين، فحينئذٍ لم يعتبر زوال حياته بسبب ضرب الضارب في وجوب الغرة، أو لا يجب عليه الغرة أصلًا فيما إذا خرج ميتًا من أمه الحية لوجود الشك، كما لو خرج ميتًا من الأم الميتة لوجود الشك.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن ضمان الغرة في الجنين إنما ثبت بالنص بخلاف القياس فيما إذا تمكن الشك من وجهٍ واحدٍ بأن لم ينفخ فيه الروح، وهو فيما إذا خرج الجنين ميتًا من أم حية؛ لأنه قال: فألقت جنينًا ميتًا، وإنما يضاف الإلقاء إليها إذا كانت حيَّة، والنص الواردُ بإيجاب الغرة فيما إذا تمكن الشك في وجوب الضمان من وجهٍ واحدٍ لا يكون واردًا بإيجابها

قَالَ: (وَفِي جَنِينِ الأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا وَعُشْرُ قِيمَتِهِ

فيما إذا تمكن الشك في وجوب الضمان من وجوه، وهو فيما إذا خرج ميتًا بعد موت الأم؛ لأنه يحتمل أنه لم ينفخ فيه الروح من بعد، ويحتمل أنه نفخ فيه الروح إلا أنه ماتَ بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم، لا بالضربة، ويحتمل أنه ماتَ بسبب تخنيق الرحم وغم البطن؛ لأن الأم متى ماتت يتضيق رحمها، ولمَّا لم تكن هذه الصورة نظيرةً لما ورد فيه النص لم يمكن تعدية حكم ما ورد فيه النص إلى الموضع الذي ليس بنظير له، فبقي ما إذا انفصل بعد موتها على أصل القياس الذي هو عدم وجوب الضمان.

ثم هذا الذي ذكره بأن قتل الأم لا يكون قتلًا للجنين حتى لم يجب فيه غرة الجنين على أصل أبي حنيفة رحمه الله ظاهر؛ لأنه لا يجعل ذكاة الأم ذكاة الجنين، فكذلك لا يجعل قتل الأم قتلًا للجنين، والشافعي رحمه الله يجعل ذكاة الأم ذكاة الجنين فكذلك يجعل قتل الأم قتلًا للجنين، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: القياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله، لكنا تركنا ذلك في حكم الذكاة بالسنة، ولأن الذكاة تبتني على الوسع فبقي القياس معتبرًا في حكم القتل، فلا يكون قتل الأم قتلًا للجنين، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: وَفِي جَنِينِ الأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ، فلا بدَّ من زيادة قيد هاهنا وهو أن يقال: وَفِي جَنِينِ الأَمَةِ - التي لم تحمله من مولاها ولا من المغرور - إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ، إلى آخره، وأمَّا إذا حملته من مولاها أو من المغرور كان ذلك الحمل حرًّا، فتجب الغرة ذكرًا كان أو أنثى.

وقوله: إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا وَعُشْرُ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَى، بيان هذا أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتًا على لونه وهيأته لو كان حيًّا، فينظر كم قيمته بهذا المكان، فإذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكرًا يوجب نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى يجب عشر قيمته.

ولو ضاع الجنين ولم يمكنا تقويمه باعتبار لونه وهيأته على تقدير أنه حيٌّ، ووقع التنازع في قيمته بين الضارب ومولى الأمة المضروبة، كان القول قول الضارب لإنكاره

لَوْ كَانَ أُنْثَى) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِ عُشْرُ قِيمَةِ الأُمِّ، لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ وَجْهٍ، وَضَمَانُ الأَجْزَاءِ يُؤْخَذُ مِقْدَارُهَا مِنَ الأَصْلِ. وَلَنَا أَنَّهُ بَدَلُ نَفْسِهِ لِأَنَّ ضَمَانَ الطَّرَفِ لا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ ظُهُورِ النُّقْصَانِ، وَلا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي ضَمَانِ الجَنِينِ فَكَانَ بَدَلَ نَفْسِهِ فَيُقَدَّرُ بِهَا.

الزيادة، كمن قتل عبدًا خطأ لم يشاهده القاضي قبل قتله حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيأته لو كان حيًّا، ووقعت المنازعة بين صاحب القتيل والقاتل يجعل القول قول القاتل مع اليمين، كذا هنا.

فإن قيل: ربما لا يمكن الوجوب على ذكورة الجنين وأنوثته فماذا يجب؟

قلنا: نأخذ بالمتيقن، كمن قتل عبدًا خطأ والمقتول خنثى مشكل فإنه يجب المتيقن، كذا هاهنا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: فِيهِ عُشْرُ قِيمَةِ الأُمِّ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ وَجْهٍ، وفي «المبسوط»: ومذهب الشافعي لا يستقر على شيء في الجنين، فإنه يجعله في حكم الكفارة كالنفوس، ثم يقول: البدل الواجب فيه معتبر بأمه لا بنفسه حتى يكون الواجب عشر بدل الأم، وعندنا هو معتبر بنفسه وإنما يتبين ذلك في جنين الأمة، والواجب عندنا نصف قيمته إن كان ذكرًا، وعشر قيمة إن كان أنثى، وعند الشافعي رحمه الله الواجب عشر قيمة الأم ذكراً كان أو أنثى.

قوله: لِأَنَّ ضَمَانَ الطَّرَفِ لا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ ظُهُورِ النُّقْصَانِ، حتى أنه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجب على ما ذكرنا قبلُ هذا ما ذكره في «المبسوط» حيث قال: والدليل على أن الواجب في الجنين هو بدل النفس لا بدل الجزء؛ لما أن بدل الجزء لا يجب بدون بقاء النقصان، حتى لو قلع سنًّا فنبتَ مكانه آخر لم يجب شيء، وهاهنا يجب بدل الجنين وإن لم يكن في الأم نقصان، دلَّ أن وجوبه باعتبار معنى النفسية.

قوله: وَلا مُعْتَبَرَ بِهِ، أي: بظهور النقصان.

قوله: فَيُقَدَّرُ بِهَا، أي: ببدل النفس، والأصل في النفوس نفوس الأحرار، ففي نفس الحر في الجنين نصف عشر دية الذكر في الذكر، وعشر دية الأنثى في الأنثى، فيجب أن يكون

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ ضَمَانُ النُّقْصَانِ لَوِ انْتَقَصَتِ الأُمُّ اعْتِبَارًا بِجَنِينِ البَهَائِمِ، وَهَذَا لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي قَتْلِ الرَّقِيقِ ضَمَانُ مَالٍ عِنْدَهُ عَلَى مَا نَذْكُرُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، فَصَحَّ الِاعْتِبَارُ عَلَى أَصْلِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ ضُرِبَتْ فَأَعْتَقَ المَوْلَى مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ أَلقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ قِيمَتُهُ حَيًّا وَلا تَجِبُ الدِّيَةُ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ العِتْقِ)؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِالضَّرْبِ السَّابِقِ وَقَدْ كَانَ فِي حَالَةِ الرِّقِّ فَلِهَذَا تَجِبُ القِيمَةُ دُونَ الدِّيَةِ، وَتَجِبُ قِيمَتُهُ حَيًّا؛ لِأَنَّهُ بِالضَّرْبِ صَارَ قَاتِلًا إِيَّاهُ وَهُوَ حَيٌّ فَنَظَرْنَا إِلَى حَالَتَيِ السَّبَبِ وَالتَّلَفِ. وَقِيلَ: هَذَا عِنْدَهُمَا،

في جنين الأمة كذلك، إلا أن القيمة في الرقيق قائمة مقام الدية في الحر، فلذلك اعتبرت القيمة في جنين الرقيق كالاعتبار في جنين الحر في الدية.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَجِبُ ضَمَانُ النُّقْصَانِ لَوِ انْتَقَصَتِ الأُمُّ، جعل هذه الرواية عن أبي يوسف غير ظاهر الرواية في «المبسوط»، و«الإيضاح»، و«الذخيرة» وغيرها؛ لأنه قال في «المبسوط»: ثم وجوب البدل في جنين الأمة قول أبي حنيفة ومحمد، وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمهم الله، وعنه في رواية: أنه لا يجب إلا نقصان الأم، إن تمكن فيها نقص، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة، وهكذا أيضًا في غير «المبسوط».

ثم ذكر في «المبسوط»: ولكنا نقول: وجوب بدل جنين الآدمية لتحقيق معنى الصيانة عن الهدر، وجنين الأمة في ذلك كجنين الحرة، وهذه المسألة في الحقيقة إنما تبتني على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك، فإن عند أبي يوسف رحمه الله هو بمنزلة ضمان المال يجب بالغًا ما بلغ، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو بدل عن النفس، فلهذا لا يزاد على مقدار الدية بحال.

قوله: فَنَظَرْنَا إِلَى حَالَتَيِ السَّبَبِ وَالتَّلَفِ، يعني: أوْجبنا القيمة دون الدية اعتبارًا بحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حيًّا لا مشكوكًا في حياته اعتبارًا بحالة التلف.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَتُهُ مَا بَيْنَ كَوْنِهِ مَضْرُوبًا إِلَى كَوْنِهِ غَيْرَ مَضْرُوبٍ؛ لِأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَلا كَفَّارَةَ فِي الجَنِينِ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ؛ لِأَنَّهُ نَفْسٌ مِنْ وَجْهٍ فَتَجِبُ الكَفَّارَةُ

ولا يقال: إن هذا اعتبارٌ بحالة الضرب فحسب؛ لأن الواجب في تلك الحال قيمته حيًّا أيضًا؛ لأنا نقول: جاز أن لا يكون حيًّا، فلا تجب قيمته حيًّا هناك بل تجب الغرة.

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَجِبُ قِيمَتُهُ مَا بَيْنَ كَوْنِهِ مَضْرُوبًا إِلَى كَوْنِهِ غَيْرَ مَضْرُوبٍ، أي: تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبًا ثمان مائة يجب على الضارب مائتا درهم، على ما ذكرنا قبل هذا في قول محمدٍ مثل هذا في مسألة الرمي والجرح في باب اعتبار حالة القتل.

قوله: لِأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ، يعني: لو جرح عبدًا ثم أعتقه مولاه ثم ماتَ من تلك الجراحة تنقطع السراية، ولا تلزمه الدية ولا القيمة، وإنما يضمن النقصان بالجراحة كما ذكرنا؛ وهذا لأن الجرح إتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى، وبعد السراية لو وجبَ شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفةً للبداية، وقد مرَّ هذا من الكتاب في باب اعتبار حالة القتل.

قوله: عَلَى مَا يَأْتِيكَ مِنْ بَعْدُ، أي: في باب جناية المملوك والجناية عليه، في مسألة: وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَأَعْتَقَهُ المَوْلَى ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ.

وذكر فخر الإسلام في «الجامع الصغير»: قال بعض مشايخنا: معنى قوله: ضمن قيمته حيًّا، أي: الدية.

وقوله: وَلا تَجِبُ الدِّيَةُ، ليس هو من لفظ «الجامع الصغير»، وإنما قالوا: المراد به الدية؛ لأن الضرب وقع بالأم فلم تعتبر جنايته في حق الدية إلا بعد أن ينفصل حيًّا، ولذلك لم تنقطع سرايته، بخلاف من جرح عبدًا ثم أعتقه مولاه، وقال بعضهم: بل المراد منه حقيقة القيمة؛ لأن الجناية قد تمَّت من الجانِي، لكنها لم تعتبر في حق الجنين مقصودًا إلا بعد

احْتِيَاطًا. وَلَنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَى العُقُوبَةِ وَقَدْ عُرِفَتْ فِي النُّفُوسِ المُطْلَقَةِ فَلَا تَتَعَدَّاهَا وَلِهَذَا لَمْ يَجِبْ كُلُّ البَدَلِ. قَالُوا: إِلَّا أَنْ يَشَاءَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مَحْظُورًا، فَإِذَا تَقَرَّبَ إِلَى اللهِ تَعَالَى كَانَ أَفْضَلَ لَهُ وَيَسْتَغْفِرُ مِمَّا صَنَعَ. (وَالجَنِينُ الَّذِي قَدِ اسْتَبَانَ

الانفصال، فأشبه الرمي الذي تمَّ من الرامي ولم يعتبر في حق المرمي إلا بعد الإصابة، فإذا وجد العتق تمَّ تمام العلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، حتى وجب ضمان القيمة، فكذلك هاهُنا وإن كان هذا بالاتفاق صار حجةً لهما على محمد رحمه الله.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَى العُقُوبَةِ؛ لأنَّها شرعت زاجرة والزجر إنما يكون بشيء فيه عقوبة، حتى أنَّها تتأدى بالمال والمال شقيق الروح، فكان إزالة المال منه بمنزلة إزالة الروح، ومن وجهٍ عبادةٌ لتأديه بالصوم.

قوله: وَقَدْ عُرِفَتْ فِي النُّفُوسِ المُطْلَقَةِ فَلَا تَتَعَدَّاهَا، أي: لا تتعدى الكفارة من النفوس المطلقة إلى غير المطلقة وهو الجنين؛ إمَّا لأن القياس لا يجري في العقوبات؛ أو لأن غير المطلقه ليست بنظير للمطلقة ولا يجري القياس في غير النظير.

وفي «المبسوط»: فالجنين جزء من وجهٍ، واعتبار صفة الجزئية يمنع وجوب الكفارة، ومع الشك لا تجب الكفارة، ولكن اعتبار معنى الجزئية لا يمنع وجوب الضمان فأوْجَبنا الضمان وألحقناه في ذلك بالنفوس.

وفي «الذخيرة»: وإنما قلنا بعدم وجوب الكفارة؛ لأن قضية القياس أن لا تجب الكفارة والضمان، لكن تركنا القياس في الضمان بالآثار، ولا أثر في الكفارة فتبقى الكفارة على أصل القياس.

والمعنى فيه أن الجنين إذا انفصل ميتًا اعتبر ولدًا ونفسًا على حدة في حق غيره من العباد في حق بعض الأحكام، حتى تصير الجارية أم ولد له وتصير المرأة نفساء ويحل للمعتدة الإزدواج، وفي حق نفسه اعتبر عضوًا من أعضاء الأم، حتى لا يسمَّى ولا يرث، وكذلك في حق الله تعالى اعتبر عضوًا من أعضاء الأم حتى لا تقام عليه صلاة الجنازة التي

بَعْضُ خَلْقِهِ بِمَنْزِلَةِ الجَنِينِ التَّامِّ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الأَحْكَامِ) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّهُ وَلَدٌ فِي حَقِّ أُمُومِيَّةِ الوَلَدِ وَانْقِضَاءِ العِدَّةِ وَالنِّفَاسِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَكَذَا فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ؛ وَلِأَنَّ بِهَذَا القَدْرِ يَتَمَيَّزُ مِنَ العَلَقَةِ وَالدَّمِ فَكَانَ نَفْسَهَا، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

هي حق الله تعالى.

قلنا: والكفارة حق الله تعالى فيعتبر الجنين في حق حكم الكفارة بمنزلة عضو من أعضائها، والكفارة لا تجب بإتلاف أعضائها، أمَّا لو خرج الجنين حيًّا ثمَّ مات فعلى الضارب الدية كاملة وعليه الكفارة؛ لأنه متى انفصل حيًّا تعتبر نفسًا وولدًا في حق نفسه وفي حق غيره، سواء كان الحقُّ لله أو للعباد، ألا ترى أنه يصلى عليه صلاة الجنازة ويسمَّى ويرث.

ثم ذكر فيها محيلًا على «الزيادات»: رجل اشترى جارية من آخر وقبضها، ثم إن المشتري وطئها وحَبَلت منه، ثمَّ إن الجارية ضربت بطن نفسها متعمدةً، أي: متعمدة إسقاط الجنين وألقت جنينًا ميتًا، أو شربت من الدواء ما يوجب سقوط الولد متعمدةً، أو وضعت في قُبلها ما يطرح به الولد فأدخلته في الرحم فسقط الجنين ميتًا، ثمَّ استحقها رجل بالبينة وقضى القاضي للمستحق بالجارية وبالعقر على المشتري، فقال للمستحق: إن أمتك قتلتْ ولدها، وإنه ولد هذا الرجل، وإنه حرٌّ؛ لأنه ولد المغرور وولد المغرور حرٌّ، والجنين الحر مضمون بالغرَّة، فادفع أمتك أو افدها بغرَّة الجنين الحر، وإنما شرط محمد رحمه الله التعمد في فعل الجارية؛ لأنَّها ليست بمباشرة للإتلافِ بل هيَ مسبِّبة إلى قتله، والسببية إنما توجب الضمان إذا كان بوصف التعدي، وبالتعمد لإسقاط الولد تكون متعدية، وعلى هذا الحرة إذا فعلت ذلك بنفسها كان على عاقلتها الغرَّة، ويشترط أن تكون متعمدة في فعلها لما ذكرنا، وهذا إذا فعلت بغير إذن الزوج، فإن فعلت ذلك بإذنه فلا ضمان.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: في امرأة شربت دواءً فألقت جنينًا ميتًا، أو حملت حِملًا ثقيلًا، أو حملت حِملًا فألقت جنينًا ميتًا أن على عاقلتها خمسمائة درهم، وصحَّ في سنة واحدة لوارث الحمل أبًا كان أو غيره، وإن لم يكن لها عاقلة ففي مالها في سنةٍ، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ)

قَالَ: (وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ كَنِيفًا أَوْ مِيزَابًا أَوْ جُرْصُنًا أَوْ بَنَى دُكَّانًا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لمَّا فرغ من بيان أحكام القتل بطريق المباشرة، ولا يشكل الجنين، فإن الضرب على بطن المرأة مباشرة في قتل الجنين، حتى لا يرث الأب إذا وجد منه ذلك الضرب، شرع في بيان أحكام القتل بطريق التسبيب، وأخَّر أحكام التسبيب عن أحكام المباشرة؛ لأن المباشرة قتل بدون الواسطة والتسبيب بالواسطة، فكانت المباشرة أقوى علة للقتل لعدم احتياجه إلى الواسطة، فكان أوْلَى بالتقديم.

أو لأن القتل بالمباشرة أكثر وقوعًا، فكان أمس حاجة إلى معرفة أحكامه، فكان أحق بالتقديم.

الكنيف: المستراح.

الجُرصُن: دخيل، أي: ليس بعربي أصليّ، وقد اختلف فيه فقيل: البُرج، وقيل: مجرى ماءٍ يركب في الحائط، وعن الإمام البزدوي رحمه الله: جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبنى عليه، كذا في «المغرب».

وفيه أيضًا: العُرض: بالضم الجانب، وفلان من عرض العشيرة، أي: من شقِّها لا من صميمها، ومراد الفقهاء: أبعد العصبات، وقيل: المراد من العُرض هاهنا هو أبعد الناس في المنزلة، أي: أضعفهم وأرذلهم.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصغير»: الجُرصن: هو البُرج الذي يكون في الحائط.

فَلِرَجُلٍ مِنْ عَرَضِ النَّاسِ أَنْ يَنْزِعَهُ)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ صَاحِبُ حَقٍّ بِالْمُرُورِ بِنَفْسِهِ

ثم قال: الكلام في المسألة في ثلاثة مواضع:

أحدها: أنه هل يحل إحداث هذا في الطريق أم لا؟

والثاني: في الخصومة في الدفع.

والثالث: في ضمان ما يتلفُ بهذه الأشياء.

أمَّا في الإحداث قال شمسُ الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح هذا الكتاب: فإن كان الإحداث يُضر بأهل الطريق ويحول بينهم وبين المرور في الطريق فليس له أن يحدث ذلك، وإن كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له إحداثه ما لم يمنع منه؛ لأن الطريق معد للتطرق وهو حق العامة، وفي إحداث شيء فيما هو حق عامة المسلمين يعتبر الضرر عملًا بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، ففيما يتمكن فيه الضرر هو آثم في الإضرار بغيره، وفيما لا يتمكن فيه الضرر يترفق بالمباح ولا يضر بغيره، ورُبَّما ينفع غيره فالمار ينتفع به من حيث أنه يندفع عنه الثلج والحر والبرد.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وهذا نظير رجل له على غيره دين، فإن طالبه صاحب الدين بقضائه لا يسعه أن يؤجره دفعًا للضرر عن صاحب الدين، وإن لم يطالبه كان في سعة من تأخيره لانعدام الضرر في حقه، فهذا مثله.

وعلى هذا لو قعد الرجل في الطريق يبيع ويشتري، إن كان الطريق واسعًا لا يتضرر الناس بقعوده جاز له أن يقعد، وإن كان فيه ضرر بالناس لا يجوز له القعود.

وأمَّا في الخصومة فقال أبو حنيفة رحمه الله: لكل أحد من عُرْض الناس أن يمنعه من الوضع وإن تكلفه الرفع بعد الوضع، سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا وضع بغير إذن الإمام؛ لأن التدبيرَ فيما يكون حقًّا للعامة إلى الإمام لتسكين الفتنة، فالذي يضع بغير إذنه يفتاتُ على رأي الإمام فيه فلكل أحد أن ينكره عليه.

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لكل أحدٍ قبل الوضع أن يمنعه منه لا بعد الوضع؛

وَبِدَوَابِّهِ فَكَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْضِ، كَمَا فِي المِلْكِ المُشْتَرَكِ فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَقَّ النَّقْضِ لَوْ أَحْدَثَ غَيْرُهُمْ فِيهِ شَيْئًا فَكَذَا فِي الحَقِّ المُشْتَرَكِ.

قَالَ: (وَيَسَعُ لِلَّذِي عَمِلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالمُسْلِمِينَ)؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ المُرُورِ،

لأن قبل الوضع لكل أحد يد فيه، فالذي يحدث يريد أن يجعلها في يد نفسه خاصة، فأمَّا بعد الوضع فقد صار في يده، فالذي يخاصمه يريد إبطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه ويكون متعنتًا.

وعلى قول محمد رحمه الله: ليس له أن يخاصم بالمنع ابتداءً، ولا بالرفع انتهاءً إذا لم يكن فيه ضرر؛ لأنه مأذون في إحداثه شرعًا فهو كما لو أذن له الإمام فيه، بخلاف ما لو كانت السكة غير نافذة، فإنه ممنوع من إحداثه شرعًا وإن لم يكن يتضرر به أهل السكة؛ لأنه كالمملوك لهم، وفي الملك المشترك لا يعتبر الضرر.

وعن أبي القاسم الصفار رحمه الله أنه قال: إنما يلتفت إلى خصومته إذا لم يكن له مثل ذلك، أي: من الجُرصن وغيره، فإن كان له مثله لا يلتفت إلى خصومته؛ لأنه لو أراد به إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه، وحيث لم يبدأ دلَّ أنه متعنت وليس بمحتسب.

ولا يقضى عليه بالهدم بخصومة العبيد والصبيان المحجورين؛ لأن خصومة المحجور لا تعتبر في ماله، وكذلك في مال غيره، وإن خاصمه ذميٌّ يقضى عليه بالهدم؛ لأن للذمي حقًّا في الطريق، وهذا إذا بنى على طريق العامة بنى لنفسه، فإن بني شيئًا للعامة كالمسجد ونحوه لا يضر بالمسلمين لا ينقض، كذا روي عن محمدٍ رحمه الله.

وأمَّا الضمان فنقول: الذي أخرجه ضامن لما تلف به؛ لأنه متعدٍ في التسبيب إلى الإتلاف من حيث أنه شغل بما صنع طريق المسلمين فيضمن، كما لو حفر بئرًا على قارعة الطريق، لكن المتلَف إن كان آدميًا فالضمان على عاقلته، وإن جرح إنسانًا إن بلغ أرشه أرش الموضحة يجب على العاقلة، فإذا كان دونه يجب في ماله، وإن أصاب مالًا فأتلفه فضمانه في ماله.

قوله: وَيَسَعُ لِلَّذِي عَمِلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ، أي: بما علمه من الجُرصن وغيره.

وَلَا ضَرَرَ فِيهِ فَلْيُلْحَقْ مَا فِي مَعْنَاهُ بِهِ، إِذِ المَانِعُ مُتَعَنِّتٌ، فَإِذَا أَضَرَّ بِالمُسْلِمِينَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ فِي الإِسْلامِ».

قَالَ: (وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الدَّرْبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَافِذٍ أَنْ يَشْرَعَ كَنِيفًا أَوْ مِيزَابًا إِلَّا بِإِذْنِهِمْ)؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ وَلِهَذَا وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ لَهُمْ عَلَى كُلِّ حَالٍ، فَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ أَضَرَّ بِهِمْ أَوْ لَمْ يَضُرَّ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ. وَفِي الطَّرِيقِ النَّافِذِ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا إِذَا

قوله: وَلَا ضَرَرَ فِيهِ - والواو للحال، أي: والحال أنه لا ضرر فيما عمله - فَلْيُلْحَقْ مَا فِي مَعْنَاهُ بِهِ - أي: فيلحق المعمول الذي في معنى المرور من حيث أنه لا ضرر فيه بالمرور - إِذِ المَانِعُ، أي: من الانتفاع.

المتعنِّت: هو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه ولغيره.

قوله: «لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ فِي الإِسْلامِ»، أي: لا يضر الرجل أخاه ابتداءً ولا جزاءً؛ لأن الضرر بمعنى الضرر وهو يكون من واحد، والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرَّك، كذا في «المغرب».

والضرر في الجزاء: هو أن يتعدي المجازي عن قدر حقه في القصاص وغيره.

الدَّرب: الباب الواسع في السكة، والمراد به في قوله: زقاق أو درب غير نافذ، السكة الواسعة نفسها، كذا في «المغرب».

قوله: لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ، أي: الغالب أنَّها مملوكة لهم.

وذكر الإمام الكشاني: إلا أن يأذن جميع أهل الدرب؛ لأنَّها مملوكة لهم، أي: الغالب أنَّها مملوكة لهم، هذا هو الغالب.

وفي «الجامع الصغير» لفخر الإسلام رحمه الله: المراد بغير النافذة المملوكة، وليس ذلك بعلة الملك فقد تَنفذُ وهي مملوكة، وقد تسدُّ منفذها وهي للعامة، لكن ذلك دليل على الملك

أَضَرَّ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الوُصُولُ إِلَى إِذْنِ الكُلِّ، فَجُعِلَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَأَنَّهُ هُوَ المَالِكُ وَحْدَهُ حُكْمًا كَيْ لا يَتَعَطَّلَ عَلَيْهِ طَرِيقُ الِانْتِفَاعِ، وَلا كَذَلِكَ غَيْرُ النَّافِذِ؛ لِأَنَّ الوُصُولَ إِلَى إِرْضَائِهِمْ مُمْكِنٌ فَبَقِيَ عَلَى الشَّرِكَةِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

قَالَ: (وَإِذَا أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا أَوْ مِيزَابًا أَوْ نَحْوَهُ فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِتَلَفِهِ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِهِ هَوَاءَ الطَّرِيقِ، وَهَذَا مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ وَهُوَ الأَصْلُ، وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ البَابِ (وَكَذَا إِذَا تَعَثَّرَ بِنَقْضِهِ إِنْسَانٌ أَوْ عَطِبَتْ بِهِ دَابَّةٌ، وَإِنْ عَثَرَ بِذَلِكَ رَجُلٌ فَوَقَعَ عَلَى آخَرَ فَمَاتَا فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي أَحْدَثَهُ فِيهِمَا)؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالدَّافِعِ إِيَّاهُ عَلَيْهِ.

غالبًا فأقيمَ مقامه ووجبَ العمل به حتى يدل الدليل على خلافه.

الرَّوْشَن: الممر على العلو، وهو مثل الرف، كذا في «المغرب»، وقيل: الرَّوْشَن: هو الخشبة الموضوعة على جداري السطحين ليتمكن من المرور.

قوله: مِمَّا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ البَابِ، وهو الكنيف، والميزاب، والجُرصن.

قوله: وَكَذَا إِذَا تَعَثَّرَ بِنَقْضِهِ إِنْسَانٌ، أي: فعطب، وفي بعض النُّسَخ: وكذا إذا عطب بنقضه إنسان، أي: فالدية على عاقلة من أشرع الروشن أو غيره.

قوله: وَإِنْ عَثَرَ بِذَلِكَ، أي: بالنقض.

قوله: فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ أَحْدَثَهُ فِيهِمَا، أي: فضمانهما على من أشرع الرَّوْشن أو غيره.

وفي «المبسوط»: فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه في الطريق؛ لأنه بمنزلة الدافع لمن يعثر بما أحدثه، فكأنه دفعه بيده على غيره فلا ضمان على الذي عثر به؛ لأنه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة، وإذا نحَّى رجل شيئًا من ذلك عن موضعه فعطبَ به آخر، فالضمان على الذي نحاه وقد خرج الأول

(وَإِنْ سَقَطَ المِيزَابُ نُظِرَ: فَإِنْ أَصَابَ مَا كَانَ مِنْهُ فِي الحَائِطِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ لِمَا أَنَّهُ وَضَعَهُ فِي مِلْكِهِ (وَإِنْ أَصَابَهُ مَا كَانَ خَارِجًا مِنَ الحَائِطِ فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ) لِكَوْنِهِ مُتَعَدِّيًا فِيهِ، وَلا ضَرُورَةَ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُرَكِّبَهُ فِي الحَائِطِ وَلا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ، وَلا يُحْرَمُ عَنِ المِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً

من الضمان؛ لأن حكم فعله قد انتسخ بفراغ الموضع الذي شغله بما أحدث فيه، وإنما اشتغل بفعل الثاني موضع آخر فهو كالمحدث لذلك في هذا الموضع.

وفي «الذخيرة» محالاً إلى «المنتقى»: رجل ضرب إنسانًا فسقطَ على الطريق ميتًا يضمنه، وإن عطب إنسان بالمقتول أو بثيابه فإن كان حين ضربه سقط ميتًا أو سقط حيًّا، فلم يستطع أن يبرح حتى مات مكانه فإن دية الثاني الذي عطب على عاقلة القاتل، وإن كان يقدر على أن يقوم فلم يقم حتى ماتَ مكانه فكأنه جنى به المقتول، ولو أن رجلًا مرَّ في الطريق فسقطَ ميتًا من غير جناية أحد فعطب به إنسان لم يضمن لا الميت ولا عاقلته، ولو سقط حيًّا ثم ماتَ ضمن عاقلة من عطب به.

قوله: وَإِنْ سَقَطَ المِيزَابُ نُظِرَ، إلى آخره، فحاصل مسألة الميزاب على تقدير الهلاك به عند سقوطه على أربعة أوجه على القسمة العقلية؛ وذلك لأنه: إمَّا أن علم أنه أصابه الطرف الداخل الذي يلي الحائط، أو علم أنه أصابه الطرف الخارج من الحائط، أو أصابه الطرفان جميعًا، أو لم يعلم به أيّ طرف أصابه من الداخل والخارج، والأجوبة مذكورة في الكتاب.

وعدم الضمان فيما أصابه الطرف الداخل دون الخارج؛ لأنه غير متعد فيه؛ لما أنه وضعه في ملكه وإن كان مسببًا للإتلاف، لكن المسبِّب للإتلاف إذا لم يكن متعديًا لا يكون ضامنًا.

بخلاف ما إذا أصابه الطرف الخارج؛ لأنه مسبِّب وهو متعد في التسبيب؛ لأنه شغل هواءَ طريق المسلمين بصنعه، فكان بمنزلة ما لو بنى حائطًا مائلًا إلى الطريق فسقطَ على إنسان فماتَ وهناك يضمن، كذلك هاهنا.

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً، وإنما قيَّد به؛ لأنه لو كان قاتلًا حقيقةً يستوي فيه الملك

(وَلَوْ أَصَابَهُ الطَّرَفَانِ جَمِيعًا وَعَلِمَ ذَلِكَ وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ وَهُدِرَ النِّصْفُ كَمَا إِذَا جَرَحَهُ سَبُعٌ وَإِنْسَانٌ)

وغيره في وجوب الكفارة في الخطأ، وحرمان الإرث كما في الرمي.

فإن قلتَ: لمَّا لم يكن قاتلًا حقيقةً وجبَ أن لا يضمن، أو لمَّا وجب الضمان لوجود القتل منه حكماً ينبغي أن تجب الكفارة وحرمان الإرث كما هو مذهب الشافعي رحمه الله، فما وجه الفرق لعلمائنا بين وجوب الضمان هاهُنا، وعدم وجوب الكفارة، وعدم حرمان الإرث؟

قلتُ: أمَّا وجوب الضمان فلوجود التسبيب منه على القتل بطريق التعدي، حيث أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة، فلمَّا تسبب بِهلاكه بطريق التعدي وجبَ الضمان لصيانة دم المتلف عن الهدر، وأمَّا وجوب الكفارة وحرمان الإرث فجزاء قتل محظور، ولا يوجد ذلك في التسبيب؛ لأنه لا يمكن أن يجعل قاتلًا بإحداث ذلك، ولا مقتولًا عند إحداثه، ولا يمكن أن يجعل قاتلًا عند الإصابة فلعل المحدث ميت عند الإصابة فكيف يكون الميت قاتلًا.

والدليل على أن القاتل لا يكون قاتلًا إلا بفعل القتل، والقتل نوعان: عمد وخطأ، والقتل العمد بِهذا الطريق لا يتحقق، فكذلك الخطأ، وحرمان الإرث باعتبار توهم القصد إلى استعجال الميراث، وذلك في العمد لا يشكل، وفي الخطأ يحتمل أن يكون أظهر الخطأ من نفسه وهو قاصد إلى ذلك، وهذا لا يتحقق في هذه المواضع، وعلى هذا الأصل قال علماؤنا: الكفارة وحرمان الإرث لا تثبت في حق الصبي والمجنون بالقتل؛ لأنه جزاء قتل محظور وفعل الصبي لا يوصف بذلك؛ والجزاء شرعًا يبتني على الخطاب، كذا في «المبسوط».

قوله: كَمَا إِذَا جَرَحَهُ سَبُعٌ وَإِنْسَانٌ، أو جرح هو نفسه وإنسان آخر، أو جرح عبده وإنسان آخر، يضمن الإنسان الآخر النصف.

وعلى هذا أيضًا لو جلس غيره على ثوبه وهو لا يعلم في حال جلوسه ثم قام فتخرق الثوب من قيامه وثقل الجالس، أو وضع إنسان قدمه على مؤخر نعله في حال مشيه فرفع هو قدمه حتى تخرق النعل من فعله وثقل قدم آخر، حيث يضمن الأجنبي النصف.

وكذلك قالوا: في رجل في يده ثوب لرجل آخر فجذبه صاحب الثوب من يده فتخرق

وَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ أَيُّ طَرَفٍ أَصَابَهُ يَضْمَنُ النِّصْفَ) اعْتِبَارًا لِلْأَحْوَالِ (وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحًا إِلَى الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ فَأَصَابَ الْجَنَاحُ رَجُلًا فَقَتَلَهُ أَوْ وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ الْخَشَبَةَ وَبَرِئَ إِلَيْهِ مِنْهَا فَتَرَكَهَا الْمُشْتَرِي حَتَّى عَطِبَ بِهَا إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ)؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ وَهُوَ الْوَضْعُ لَمْ يَنْفَسِخْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ وَهُوَ الْمُوجِبُ.

الثوب ضمن الممسك نصف الخرق.

وقالوا: في صبي في يد أبيه جذبه رجل من يده والأب مستمسك به حتى ماتَ فديته على الذي جذبه ويرثه أبوه؛ لأن الأب مسكه بحق والجاذب متعدٍ.

وفرع عليه في «المنتقى» في مسألة الثوب: لو جذب الذي ليس له الثوب فتخرق الثوب فهو ضامن لجميعه؛ لأنه لم يكن له مدُّه.

ولو تجاذب رجلان صبيًّا وأحدهما يدعي أنه ابنه والآخر يدعي أنه عبده فماتَ، فالدية على الذي قال أنه عبده؛ لأن المتنازعين في الصبي إذا زعمَ أحدهما أنه ابنه وزعم الآخر أنه عبده فمدعي البنوة أوْلَى، فصار إمساكه بحق وجذب الآخر بغير حق فيضمن.

قوله: وَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ أَيُّ طَرَفٍ أَصَابَهُ، جعل كأنه أصابه الطرفان، كما لو جرحه إنسان وسبع وماتَ ضمن الرجل نصف الدية؛ لأنا نعلم أنه قتيل الجراحة، إلا أنا لا ندري أنه قتيل أي جراحة، فجعلناه قتيل الجراحتين، كذا في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي.

قوله: فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ وَهُوَ الْوَضْعُ لَمْ يَنْفَسِخْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ وَهُوَ الْمُوجِبُ، وكذلك في الجناح وجدت الجناية من البائع في شغل هواء المسلمين بالجناح وبالبيع لم يزل هذا الشغل، فبقيت جنايته على حالها.

فإن قيل: المشتري جان أيضًا بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعًا؟

قلنا: المشتري غير مباشر ولا مسبب لانعدام الفعل منه، وإنما صار تاركًا معروفًا فلا يضمن، كمن رأى أعمى يقع في البئر فلم يمنعه من الوقوع حتى ماتَ، أو رأى إنسانًا يموت من الجوع ومعه طعام فلم يدفعه إليه حتى مات، أو وضع رجل حجرًا في الطريق فمرَّ به إنسان

(وَلَوْ وَضَعَ فِي الطَّرِيقِ جَمْرًا فَأَحْرَقَ شَيْئًا يَضْمَنُهُ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ.

(وَلَوْ حَرَّكَتْهُ الرِّيحُ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ ثُمَّ أَحْرَقَ شَيْئًا لا يَضْمَنُهُ) لِنَسْخِ الرِّيحِ فِعْلَهُ،

وأمكنه الرفع كان عليه أن يرفع، فإن لم يرفعه حتى عقل به إنسان وماتَ لا ضمان عليه؛ لما أنه غير مباشرٍ ولا مسبب.

فإن قلتَ: يشكل على هذا الحائط المائل إذا تقدم إنسان على صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم أصابَ إنسانًا فإن البائع لا يضمن، مع أن البائع هناك جان بترك النقض حيث ترك النقض بعد التقدم عليه.

قلتُ: وقع الفرق بينهما من حيث أن التقدم في الحائط المائل شرط ليصير صاحب الحائط ضامنًا، والتقدم إلى البائع قبل البيع إنما صحَّ باعتبار الملك، وقد زالَ ملكه بالبيع فيزول تمكنه من النقض أيضًا بالبيع؛ لأن أحدًا لا يتمكن من نقض حائط الغير وإن كان مائلًا، فصار كأنه لم يتقدم إليه أحد بالنقض حتى باع، وهاهُنا جناية البائع في إشراع الجناح من حيث أنه شغل هواء طريق المسلمين بالإخراج لا باعتبار الملك، حتى لو حصل ممَّن كان ساكنًا في الدار بإجارة، أو بإعارة، أو غصب فسقطَ على إنسان يكون ضامنًا، وهذا الشغل باق بعد البيع فبقيت الجناية، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي في «الجامع الصغير».

وحاصل مسألة الحائط المائل في الضمان تبتني على علة ذات وصفين وهما: التقدم إلى صاحب الملك، وبقاء الملك، فلمَّا باع انعدم أحد الوصفين فلم يكن موجبًا للضمان.

وذكر في «المبسوط» في مسألة إشراع الجناح: لأن البائع كان جانيًا بوضع الجناح لا باعتبار الملك، وبالبيع لم ينفسخ حكم فعله؛ لأنه لم ينزع الموضع الذي شغله بما أحدثه فبقي ضامنًا على حاله، ألا ترى أنه لو وضع الجناح في غير ملكه كان ضامنًا لما يتلف به، فلمَّا كان عدم الملك لا يمنع انعقاد سبب الضمان فكذلك لا يمنع بقاؤه، ولا شيء على المشتري؛ لأنه ما أحدث في الطريق شيئًا.

قوله: وَلَوْ حَرَّكَتْهُ الرِّيحُ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ ثُمَّ أَحْرَقَ شَيْئًا لا يَضْمَنُهُ، أي: ولو حركت الريح عين الجمر، وإنما قيَّد به؛ لأنه عند بعض أصحابنا أن الريح إذا هبت بشررها فأحرقت

وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْيَوْمُ رِيحًا يَضْمَنُهُ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ مَعَ عِلْمِهِ بِعَاقِبَتِهِ وَقَدْ أَفْضَى إِلَيْهَا فَجُعِلَ كَمُبَاشَرَتِهِ. (وَلَوِ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ لِإِخْرَاجِ الجَنَاحِ أَوِ الظُّلَّةِ فَوَقَعَ فَقَتَلَ إِنْسَانًا قَبْلَ أَنْ يَفْرُغُوا مِنَ العَمَلِ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمْ)؛ لِأَنَّ التَّلَفَ بِفِعْلِهِمْ (وَمَا لَمْ يَفْرُغُوا لَمْ يَكُنِ العَمَلُ مُسَلَّمًا إِلَى رَبِّ الدَّارِ)؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ انْقَلَبَ فِعْلُهُمْ قَتْلًا حَتَّى وَجَبَتْ عَلَيْهِمُ الكَفَّارَةُ، وَالقَتْلُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي عَقْدِهِ فَلَمْ يَتَسَلَّمْ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَاقْتَصَرَ

شيئًا فإن الضمان عليه في ذلك؛ لأن الريح إنما ذهبت بشررها فلم تذهب بعينها فالعين باق في مكانه، فكانت الجناية باقية فكان ضمان ذلك عليه.

قوله: وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْيَوْمُ رِيحًا يَضْمَنُهُ، هذا اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله لا يقول بالضمان من غير تفصيل، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَقَدْ أَفْضَى إِلَيْهَا، أي: إلى عاقبته وهي: الحرق بواسطة الريح فلا ينفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع إلى موضع؛ لأنه كان عالمـًا به بمنزلة الدابة التي جالت في رباطها، كذا في «المبسوط».

الفَعَلَة: جمع الفاعل، كالقتلة في جمع القاتل.

وقوله: وَلَوِ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ، إلى آخره، قال شيخ الإسلام: هو على وجوه:

إن قال مخرج الجناح للأجراء: ابنوا لي جناحًا على فناء داري فإنه ملكي، أو لي حق إشراع الجناح إليه من القديم ولم تعلم العملة بخلاف ما قال، ثم سقطَ فأصاب شيئًا فالضمان على الأجراء، ويرجعون بالضمان على الآمر قياسًا واستحسانًا، سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده؛ لأن الضمان وجبَ على العامل بأمر الآجر فكان له أن يرجع به عليه، كما لو استأجر رجل غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح، فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر، كذا هذا.

وإن قال المستأجر للأجراء: أشرعوا لي جناحًا على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق

عَلَيْهِمْ (وَإِنْ سَقَطَ بَعْدَ فَرَاغِهِمْ فَالضَّمَانُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ اسْتِحْسَانًا)؛ لِأَنَّهُ صَحَّ الِاسْتِئْجَارُ حَتَّى اسْتَحَقُّوا الْأَجْرَ وَوَقَعَ فِعْلُهُمْ عِمَارَةً وَإِصْلَاحًا فَانْتَقَلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَكَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا يَضْمَنُهُ (وَكَذَا إِذَا صَبَّ الْمَاءَ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ أَوْ دَابَّةٌ، وَكَذَا إِذَا رَشَّ الْمَاءَ أَوْ تَوَضَّأَ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ بِإِلْحَاقِ الضَّرَرِ بِالْمَارَّةِ

إشراع الجناح في القديم، أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحًا بأمره ثم سقط فأتلفَ شيئًا، إن سقطَ قبل فراغهم من العمل فالضمان على الأجراء، ولم يرجعوا به على الآمر قياسًا واستحسانًا، وإن سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك على جواب القياس؛ لأن المستأجر أمر الأجراء بما لم يملك مباشرته بنفسه، وقد عملوا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر، كما لو استأجر ليذبح شاة جارٍ له فذبح ثم ضمن الذابحُ للجار لم يرجع به على الآمر.

وكذا لو استأجرهم ليبنوا بناء في وسط الطريق ثم سقطَ فأتلف شيئًا لم يرجعوا به على الآمر، وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر؛ لأن هذا الأمر صحيح من حيث أن فناء داره مملوك له من وجه، على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة، ولكن غير صحيح وغير مملوك من حيث أنه لا يجوز بيعه، فمن حيث أن الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث أنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملًا بِهما، وإظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أَوْلَى من إظهاره قبل الفراغ؛ لأن أمر الآمر إنما صحَّ من حيث أنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فلذلك كان إظهار شبه الصحة بعد الفراغ أَوْلَى من إظهاره قبل الفراغ، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: فَالضَّمَانُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ اسْتِحْسَانًا، فوجه الاستحسان حديث شريح رحمه الله، فإنه قضى بالضمان في مثله على رب الدار، والمعنى أنَّهم يعملون له ولهذا يستوجبون الأجر عليه، وقد صار عملهم مسلماً إليه بالفراغ منه فكأنه عمل ذلك بنفسه، بخلاف ما قبل الفراغ فإن عملهم لم يصر مسلماً إليه بعد؛ وهذا لأنه إنما يحدث ذلك في فنائه، ويباح له فيما بينه وبين ربه إحداث مثل ذلك في فنائه إذا كان لا يتضرر به غيره، ولكن لكون الفناء

(بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهَا أَوْ قَعَدَ أَوْ وَضَعَ مَتَاعَهُ)؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِيهَا لِكَوْنِهِ مِنْ ضَرُورَاتِ السُّكْنَى كَمَا فِي الدَّارِ المُشْتَرَكَةِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا رَشَّ مَاءً كَثِيرًا بِحَيْثُ يُزْلَقُ بِهِ عَادَةً، أَمَّا إِذَا رَشَّ مَاءً قَلِيلًا كَمَا هُوَ المُعْتَادُ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لا يُزْلَقُ بِهِ عَادَةً لا يَضْمَنُ (وَلَوْ تَعَمَّدَ المُرُورَ فِي مَوْضِعِ صَبِّ المَاءِ فَسَقَطَ لا يَضْمَنُ الرَّاشُّ)؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ عِلَّةٍ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا رَشَّ

غير مملوكٍ له يتقيد بشرط السلامة، وبهذا اعتبر أمره في ذلك وجعل كالقاتل بنفسه، كذا في «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ، يعني: لو صبَّ الماء، أو رشَّه، أو توضأ في سكة غير نافذة فهلكَ به آدمي أو دابة لا يضمن.

وفي «الذخيرة»: أمَّا إذا فعل شيئًا من ذلك في الطريق في سكة غير نافذة فعطبَ به إنسان، ينظر إن فعل ما ليس من جملة السكنى كحفر البئر لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة شركائه، وإن فعل شيئًا من جملة السكنى كما إذا وضع خشبة، أو توضأ، أو قعد، أو أوْقَف دابة فعطب به إنسان فالقياس كذلك، وفي الاستحسان لا يضمن شيئًا؛ لأن الطريق في سكة غير نافذة مملوكٍ لأهل السكة مشترك فيما بينهم، فكان الجواب فيه كالجواب في الدار المشتركة، والجواب في الدار المشتركة أنه إذا أحدث أحد الشركاء حدثًا بغير إذن شركائه على التفصيل الذي ذكرنا، كذا هاهنا، بخلاف ما إذا كانت السكة نافذة.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: طريق غير نافذةٍ بين قوم وضع أحدهم فيه خشبة ونحوها فلا ضمان؛ لأن هذه بمنزلة الدار المشتركة بين الشركاء، ولو حفر بئرًا ووقع فيه إنسان ومات فهو ضامن، كما لو حفر بئرًا في الدار المشتركة، إلا أن هذه السكة تخالف الدار المشتركة في حفر البئر في خصلةٍ، وهي أن الحافر في السكة لا يضمن ما نقصها الحفر، والحافر في الدار المشتركة يضمن ما نقصها الحفر؛ لأن الدار المشتركة مملوكة لهم على الحقيقة يبيعونها ويقسمونها، ولا يبيعون السكة ولا يقسمونها، كذا في «الذخيرة».

بَعْضَ الطَّرِيقِ؛ لِأَنَّهُ يَجِدُ مَوْضِعًا لِلْمُرُورِ لا أَثَرَ لِلْمَاءِ فِيهِ، فَإِذَا تَعَمَّدَ الْمُرُورَ عَلَى مَوْضِعِ صَبِّ الْمَاءِ مَعَ عِلْمِهِ بِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ عَلَى الرَّاشِّ شَيْءٌ، وَإِنْ رَشَّ جَمِيعَ الطَّرِيقِ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِي الْمُرُورِ؛ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْخَشَبَةِ الْمَوْضُوعَةِ فِي الطَّرِيقِ فِي أَخْذِهَا جَمِيعَهُ أَوْ بَعْضَهُ (وَلَوْ رَشَّ فِنَاءَ حَانُوتٍ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ فَضَمَانُ مَا عَطِبَ عَلَى الآمِرِ اسْتِحْسَانًا. وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَبْنِيَ لَهُ فِي فِنَاءِ حَانُوتِهِ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ بَعْدَ فَرَاغِهِ فَمَاتَ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الآمِرِ اسْتِحْسَانًا، وَلَوْ كَانَ أَمَرَهُ بِالبِنَاءِ

وفيها أيضًا في مسألة رشِّ الماء على الطريق حيث قال: وجب الضمان على عاقلة الراش، وكذلك في الوضوء قال: هكذا ذكر في الكتاب، وأطلق الجواب إطلاقًا، قالوا: إنما يضمن الراش إذا مرَّ المار على الموضع الذي رشَّ ولم يعلم بذلك، بأن كان ليلًا، أو كان المار أعمى وعثر وماتَ من ذلك، وأمَّا إذا علم المار بالرش ومضى على الموضع الذي رشَّ وماتَ فإن الراش لا يضمن، وكذلك الجواب لو تعمد المرور على الخشبة الموضوعة؛ وذلك لأن المار هو الذي خاطر بروحه لمَّا علم بالرش أو الخشبة وتعمد المشي عليه، فإذا تلف من ذلك لا يكون على المسبب ضمان، كمن حفر بئرًا على قارعة الطريق فجاء آخر وخاطر بروحه فوثبَ من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر حتى وقع فيه وماتَ لم يضمن الحافر شيئًا، وهكذا أيضًا ذكره الإمام المحبوبي.

قوله: وَإِنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَبْنِيَ لَهُ فِي فِنَاءِ حَانُوتِهِ، إلى آخره، الفناء: سعة أمام البيوت، وقيل: ما امتدَّ من جوانبها، كذا في «المغرب».

وذكر الإمام التمرتاشي: الفناء: ما أعد لحوائج الدار، كربط الدابة، وكسر الحطب.

قوله: فَتَعَقَّلَ بِهِ، أي: نشبَ وتعلق بالبناء، ثم هاهنا لم يذكر أن الأجير الذي يبني في فناء حانوت المستأجر هل يعلم أن ذلك الفناء ملك المستأجر حتى تكون له ولاية الأمر بالحفر، أو لا يعلم، والذي ذكره في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب، فيما إذا كان الأجير لا يعلم أن الفناء للغير، بل يعلم أنه

فِي وَسَطِ الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَى الأَجِيرِ) لِفَسَادِ الأَمْرِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ أَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَتَلِفَ بِذَلِكَ إِنْسَانٌ فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلِفَتْ بِهِ بَهِيمَةٌ فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ فَيَضْمَنُ مَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُ، غَيْرَ أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ النَّفْسَ دُونَ المَالِ فَكَانَ ضَمَانُ البَهِيمَةِ فِي مَالِهِ وَإِلْقَاءُ التُّرَابِ وَاتِّخَاذُ الطِّينِ فِي الطَّرِيقِ بِمَنْزِلَةِ إِلْقَاءِ الحَجَرِ وَالخَشَبَةِ لِمَا ذَكَرْنَا.

للمستأجر فقال:

وإن استأجر رجلًا ليحفر له بئرًا في الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره، فإن كان الأجير عالمـًا به فالضمان على الأجير، وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر؛ لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر.

وذكر فيه أيضًا: فإن استأجر أجراء للحفر فحفروا له في الطريق، قال شيخ الإسلام ينظر: إن كان الطريق معروفًا أنه لعامة المسلمين فالضمان على الأجراء، أعلمهم المستأجر بذلك أو لم يعلمهم؛ لأن الطريق إذا كان مشهورًا يعرفه كل أحد فقد علموا فساد الأمر؛ لأن الأمر بالحفر في ملك الغير فاسد، فصار وجود الأمر كعدمه، ولو حفروا بغير أمره كان الضمان عليهم، كذا هذا، وإن كان الطريق لعامة المسلمين فالجواب لا يختلف، وإن لم يعلمهم فالضمان على عاقلة المستأجر دون الأجراء، فإنَّهم زعموا أن الطريق لعامة المسلمين، فمسألة البئر كمسألة البناء؛ لأن كلًّا منهما تعد في طريق العامة.

وما ذكر في «المبسوط» يدل على أن الأجراء إن لم يعلموا أن الفناء ملك المستأجر، لكن علموا أن هذا الفناء فناؤه كان ذلك كافيًا لإسقاط الضمان عن الأجراء، وذلك لأنه قال في «المبسوط»: فإن كان استأجر عليها - أي: على حفر البئر في الفناء - فحفروها فذلك على المستأجر، ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنَّها في غير فنائه؛ لأن عَمرو بن الحارث كان من جملة الرؤساء، ومعلوم أنه ما باشر الحفر بنفسه، وإنما استأجر الأجراء لذلك ثم ضمنه شريح؛ وهذا لأن الأجراء يعلمون له، وبهذا يستوجبون عليه الأجر وقد صاروا مغرورين

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَنَسَ الطَّرِيقَ فَعَطِبَ بِمَوْضِعِ كَنْسِهِ إِنْسَانٌ حَيْثُ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ فَإِنَّهُ مَا أَحْدَثَ شَيْئًا فِيهِ إِنَّمَا قَصَدَ دَفْعَ الأَذَى عَنِ الطَّرِيقِ، حَتَّى لَوْ جَمَعَ الكُنَاسَةَ فِي الطَّرِيقِ وَتَعَقَّلَ بِهَا إِنْسَانٌ كَانَ ضَامِنًا لِتَعَدِّيهِ بِشَغْلِهِ.

(وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَنَحَّاهُ غَيْرُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي

من جهته حين لم يعلمهم أن ذلك الموضع ليس من فنائه، وإنما حفروا اعتمادًا على أمره، وعلى أن ذلك من فنائه، ولدفع ضرر الغرور ينقل فعلهم إلى الآمر فيصير كأنه حفر بنفسه، وإن كانوا يعلمون أنَّها في غير فنائه فالضمان عليهم؛ لأنَّهم جناة في الحفر وأمره إيَّاهم بالحفر غير معتبر شرعًا؛ لأنه غير مالك للحفر بنفسه في هذا الموضع، وإنما يعتبر أمره لإثبات صفة الحل به، أو لدفع الغرور عن الحافر، وقد انعدما جميعاً في هذا الموضع فسقطَ اعتبار أمره، فكان الضمان على الذين باشروا الحفر.

وإن كان في فنائه فهو على الآمر دون الأجراء إن علموا أو لم يعلموا؛ لأن أمره في فنائه معتبر، فإن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يحفر في فنائه إذا كان لا يضر بالمال، وليس لأحد أن يمنعه من ذلك، وعند أبي حنيفة رحمه الله يحل له ذلك فيما بينه وبين ربه ما لم يمنعه مانع، وهذا لأن الفناء اسم لموضع اختص صاحب الملك بالانتفاع به من حيث كسر الحطب، وإيقاف الدابة، وإلقاء الكناسة فيه، فكان أمره معتبرًا في الحل، وانتقل فعل الأجراء إليه بهذا الأمر، فيصير كأنه فعل ذلك بنفسه.

ولأجل دلالة هاتين الروايتين على ما قلنا ردد في الكتاب بعد هذا بقوله: وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَ الفِنَاءُ مَمْلُوكًا لَهُ أَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ الحَفْرِ فِيهِ.

وذكر الإمام التمرتاشي: أفنية الأبواب التي في الطريق الشارع ليست بمملوكة لأصحاب الدور، ولو أرادوا أن يحدثوا شيئاً في أفنيتهم فهذا وما لو أحدثوا في غير الأفنية سواء.

وفي «المنتقى»: عن أبي حنيفة رحمه الله: بيع الدار بفنائها فاسد، قال محمد: وأظنه أن في قول أبي يوسف جائزًا.

نَحَّاهُ)؛ لِأَنَّ حُكْمَ فِعْلِهِ قَدِ انْتَسَخَ لِفَرَاغِ مَا شَغَلَهُ، وَإِنَّمَا اشْتُغِلَ بِالفِعْلِ الثَّانِي مَوْضِعٌ آخَرُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي البَالُوعَةِ يَحْفِرُهَا الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ أَمَرَهُ السُّلْطَانُ بِذَلِكَ أَوْ أَجْبَرَهُ عَلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ حَيْثُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِأَمْرِ مَنْ لَهُ الوِلَايَةُ فِي حُقُوقِ العَامَّةِ (وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ) إمَّا بِالتَّصَرُّفِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ أَوْ بِالِافْتِيَاتِ عَلَى رَأْيِ الإِمَامِ أَوْ هُوَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَكَذَا الجَوَابُ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ فِي جَمِيعِ مَا فُعِلَ فِي طَرِيقِ العَامَّةِ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ وَغَيْرِهِ؛

البَالُوعَة: ثقب في وسط الدار، وكذلك البلوعة، ذكرها في «الصحاح».

الإِفْتِيَات: الاستبداد بالرأي، افتعال من الفوت السبق، وفي حديث عبد الرحمن بن أبي بكر: «أمثلي يُفتات عليه في بناته»، مبنيًّا للمفعول، أي: لا يصح أمرهنَّ بغير إذني، كذا في «المغرب».

قوله: أَوْ هُوَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ؛ لأن الانتفاع بطريق العامة إنما يباح بشرط السلامة.

وعن هذا قال في «شرح الأقطع» بقوله: وقد قالوا: لو قعد في الطريق ليستريح، أو لمرض أضعفه فعَثَر به إنسان ضمن؛ لأن المشي في الطريق مباح بشرط السلامة، كما أن الله تعالى أباح الرمي إلى الصيد، ولو رمى صيدًا فأصاب السهم إنسانًا أو شاةً ضمن واعتبر فيه السلامة، فكذا هنا.

قوله: وَكَذَا الجَوَابُ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ، وهو أنه لو فعله بأمر من له الولاية في الأمر لا يضمنه، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحدٍ يضمنه.

قوله: مِمَّا ذَكَرْنَاهُ، أي: من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف، أو الميزاب، أو الجُرصن وغيرها إلى الطريق الأعظم، وكذلك إشراع الرَّوشن وحفر البئر في طريق المسلمين.

وقوله: وَغَيْرِهِ، وهو كبناء الظلة، وغرس الأشجار، ورمي الثلج، والجلوس للبيع؛ لأن هذه الأشياء غير مذكورة في الكتاب، وقد ذكرها الإمام التمرتاشي.

لِأَنَّ المَعْنَى لا يَخْتَلِفُ (وَكَذَا إنْ حَفَرَهُ فِي مِلْكِهِ لا يَضْمَنُ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ (وَكَذَا إذَا حَفَرَهُ فِي فِنَاءِ دَارِهِ)؛ لِأَنَّ لَهُ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ دَارِهِ وَالفِنَاءُ فِي تَصَرُّفِهِ. وَقِيلَ هَذَا إذَا كَانَ الفِنَاءُ مَمْلُوكًا لَهُ أَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ الحَفْرِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، أَمَّا إذَا كَانَ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ أَوْ مُشْتَرَكًا بِأَنْ كَانَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ؛ لِأَنَّهُ مُسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ وَهَذَا صَحِيحٌ.

(وَلَوْ حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ وَمَاتَ الوَاقِعُ فِيهِ جُوعًا أَوْ غَمًّا لا ضَمَانَ عَلَى الحَافِرِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ مَاتَ لِمَعْنًى فِي نَفْسِهِ فَلَا يُضَافُ إلَى الحَفْرِ، وَالضَّمَانُ إنَّمَا يَجِبُ إذَا مَاتَ مِنَ الوُقُوعِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إنْ مَاتَ جُوعًا فَكَذَلِكَ، وَإِنْ مَاتَ غَمًّا فَالحَافِرُ ضَامِنٌ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لا سَبَبَ لِلْغَمِّ سِوَى الوُقُوعِ، أَمَّا الجُوعُ فَلَا يَخْتَصُّ بِالبِئْرِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ ضَامِنٌ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا حَدَثَ

قوله: أَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ الحَفْرِ فِيهِ، بأن كان لا يضر بالإنسان، أو أذن له الإمام في ذلك.

قوله: أَوْ غَمًّا، أي: اختناقًا بالعفونة، هكذا كان بخط شيخي رحمه الله.

وفي «الصحاح»: يقال: يوم غم، إذا كان يأخذ النفس من شدَّة الحر.

قوله: لِأَنَّهُ مَاتَ لِمَعْنًى فِي نَفْسِهِ، أي: صار كأنه ماتَ حتف أنفه لا بسبب الوقوع في البئر.

وفي «المبسوط»: وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إنما يصير هلاكه مضافًا إلى الحفر إذا هلك بسبب الوقوع ليجعل الحافر كالدافع له، فأمَّا إذا طرأ عليه بسبب آخر هو سبب لهلاكه كالجوع الذي هاجَ في طبعه، والغم الذي أثر في قلبه، فإنما يكون هلاكه مضافًا إلى هذا السبب ولا صنع للحافر فيه؛ لأنه لا سبب للغمِّ سوى الوقوع؛ لأن البئر تنبعث منها العفونة فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع في البئر، وأمَّا الجوع فله سبب آخر وهو بعد الطعام عنه، واحتراق

بِسَبَبِ الوُقُوعِ، إِذْ لَوْلَاهُ لَكَانَ الطَّعَامُ قَرِيبًا مِنْهُ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ فَحَفَرُوهَا لَهُ فِي غَيْرِ فِنَائِهِ فَذَلِكَ عَلَى المُسْتَأْجِرِ وَلَا شَيْءَ عَلَى الأُجَرَاءِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فِنَائِهِ)؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ صَحَّتْ ظَاهِرًا إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا فَنُقِلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَغْرُورِينَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ آخَرَ بِذَبْحِ هَذِهِ الشَّاةِ فَذَبَحَهَا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّ الشَّاةَ لِغَيْرِهِ، إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَضْمَنُ المَأْمُورُ وَيَرْجِعُ عَلَى الآمِرِ؛ لِأَنَّ الذَّابِحَ مُبَاشِرٌ وَالآمِرُ مُسَبِّبٌ وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُبَاشَرَةِ فَيَضْمَنُ المَأْمُورُ وَيَرْجِعُ المَغْرُورُ، وَهُنَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى المُسْتَأْجِرِ ابْتِدَاءً؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ وَالأَجِيرُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ وَالمُسْتَأْجِرُ مُتَعَدٍّ فَيُرَجَّحُ جَانِبُهُ.

(وَإِنْ عَلِمُوا ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَى الأُجَرَاءِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ أَمْرُهُ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ وَلَا غُرُورَ فَبَقِيَ الفِعْلُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ (وَإِنْ قَالَ لَهُمْ: هَذَا فِنَائِي وَلَيْسَ لِي فِيهِ حَقُّ الحَفْرِ فَحَفَرُوا وَمَاتَ فِيهِ إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الأُجَرَاءِ قِيَاسًا)؛ لِأَنَّهُمْ عَلِمُوا بِفَسَادِ الأَمْرِ فَمَا غَرَّهُمْ (وَفِي الِاسْتِحْسَانِ الضَّمَانُ عَلَى المُسْتَأْجِرِ)؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ فِنَاءً لَهُ

معدته حين لم يبق فيها شيء من مواد الطعام.

قوله: لَوْلَاهُ لَكَانَ الطَّعَامُ قَرِيبًا مِنْهُ، والحافر متعدٍ في ذلك السبب، والحكم تارة يضاف إلى السبب بغير واسطة وتارة بالواسطة، فكذلك يضاف إلى الشرط تارةً بواسطةٍ وتارةً بغير واسطةٍ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: هب كان ما لحقه من الغم أو الجوع مضافًا إلى الحافر، إلا أن هذا لا يكفي لوجوب الضمان إذا لم يؤثر الوقوع فيه أثرًا، كما لو حبسَ رجلًا في البئر حتى ماتَ غمًّا فإنه لا ضمان عليه، فكذلك هذا، بخلاف ما لو ماتَ من الوقوع في البئر أو جرحه؛ لأن أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع، بخلاف ما نحن فيه، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

بِمَنْزِلَةِ كَوْنِهِ مَمْلُوكًا لَهُ لِانْطِلَاقِ يَدِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ مِنَ إِلْقَاءِ الطِّينِ وَالحَطَبِ وَرَبْطِ الدَّابَّةِ وَالرُّكُوبِ وَبِنَاءِ الدُّكَّانِ فَكَانَ الأَمْرُ بِالحَفْرِ فِي مِلْكِهِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى مَا ذَكَرْنَا فَكَفَى ذَلِكَ لِنَقْلِ الفِعْلِ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَمَنْ جَعَلَ قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ المُرُورَ عَلَيْهَا فَعَطِبَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي عَمِلَ القَنْطَرَةَ، وَكَذَلِكَ إِذَا وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ المُرُورَ عَلَيْهَا)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ تَعَدٍّ هُوَ تَسْبِيبٌ، وَالثَّانِي تَعَدٍّ هُوَ مُبَاشَرَةٌ فَكَانَتِ الإِضَافَةُ إِلَى المُبَاشِرِ أَوْلَى؛ وَلِأَنَّ تَخَلُّلَ فِعْلِ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ يَقْطَعُ النِّسْبَةَ كَمَا فِي الحَافِرِ مَعَ المُلْقِي.

قَالَ: (وَمَنْ حَمَلَ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَا إِذَا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ بِهِ إِنْسَانٌ وَإِنْ كَانَ رِدَاءً قَدْ لَبِسَهُ فَسَقَطَ عَنْهُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا اللَّفْظُ يَشْمَلُ الوَجْهَيْنِ،

قوله: لِأَنَّ الأَوَّلَ تَعَدٍّ هُوَ تَسْبِيبٌ، وهو بناء القنطرة، ووضع الخشبة، وإنما سُمِّي بناء القنطرة تعديًا؛ لأن الذي جعل القنطرة فوت حقًّا على غيره، فإن التدبير في وضع القناطير على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق، والسعة للإمام، فكان جنايةً بهذا الاعتبار والجناية تعدٍّ، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَالثَّانِي تَعَدٍّ هُوَ مُبَاشَرَةٌ، أي: مع المرور عليها.

قوله: كَمَا فِي الحَافِرِ مَعَ المُلْقِي، أي: حيث قطع فعل الملقي بالإلقاء، فعلى الحافر من الحفر في قارعة الطريق حق وجب الضمان على الملقي لا على الحافر؛ لأن الإلقاء فعل مختار تخلل بين حفر الحافر وبين وقوع الواقع فيما حفر.

وقوله: وَهَذَا اللَّفْظُ - إشارة إلى قوله: فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَهُوَ ضَامِنٌ - يَشْمَلُ الوَجْهَيْنِ، وهما تلف الإنسان بوقوع ذلك الشيء المحمول على إنسان، وتلف الإنسان بالتعثر بذلك

وَالفَرْقُ أَنَّ حَامِلَ الشَّيْءِ قَاصِدٌ حِفْظَهُ فَلَا حَرَجَ فِي التَّقْيِيدِ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ، وَاللَّابِسُ لا يَقْصِدُ حِفْظَ مَا يَلْبَسُهُ فَيَخْرُجُ بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَا فَجَعَلْنَاهُ مُبَاحًا مُطْلَقًا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا لَبِسَ مَا لا يَلْبَسُهُ عَادَةً فَهُوَ كَالحَامِلِ؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ لا تَدْعُو إِلَى لُبْسِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ المَسْجِدُ لِلْعَشِيرَةِ فَعَلَّقَ رَجُلٌ مِنْهُمْ فِيهِ قِنْدِيلًا أَوْ جَعَلَ فِيهِ بَوَارِي أَوْ حَصَاةً فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ لَمْ يَضْمَنْ،

الشيء المحمول بعدما وقع في الطريق.

ولفظ «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي: رجل حمل شيئًا وهو يمشي في الطريق فسقط عنه ذلك في الطريق، فعطب به إنسان فالحامل ضامن، ويستوي إن تلف بوقوعه عليه أو بعثرته به بعدما وقع في الطريق؛ وهذا لأن حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح، لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف والصيد.

قوله: وَالفَرْقُ، أي: بين الشيء المحمول، حيث يجب الضمان به فيما إذا هلك إنسان، وبين الثوب الملبوس حيث لا يجب الضمان فيه وإن هلك إنسان به بوقوعه عليه.

قوله: فَيَخْرُجُ بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، أي: بوصف السلامة.

قوله: إِذَا لَبِسَ مَا لا يَلْبَسُهُ، أي: في العادة كاللبد، والجوالق، ودرع الحرب في غير موضع الحرب، أو لبس ثوبًا لا يحتاج إليه من حيث الزينة، ومن حيث دفع الحرِّ والبرد.

وذكر الإمام المحبوبي: وإن كان عليه ثوب لبسه زيادةً على قدر الحاجة لم يذكره رحمه الله في الكتاب، وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله قال: يضمن إذا سقطَ عنه وعطب به إنسان؛ لأنه لا تعم به البلوى.

قوله: وَإِذَا كَانَ المَسْجِدُ لِلْعَشِيرَةِ، فالعشيرة: القبيلة، ذكرها في «الصحاح»، ولكن المراد بِها هاهنا أهل المسجد.

قوله: أَوْ جَعَلَ فِيهِ ... حَصَاةً، يعني: (سنگ زائد من عرصه مسجد را).

وَإِنْ كَانَ الَّذِي فَعَلَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ العَشِيرَةِ ضَمِنَ) قَالُوا: هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ هَذِهِ مِنَ القُرَبِ وَكُلُّ أَحَدٍ مَأْذُونٌ فِي إِقَامَتِهَا فَلَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، كَمَا إِذَا فَعَلَهُ بِإِذْنِ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ المَسْجِدِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّ التَّدْبِيرَ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالمَسْجِدِ لِأَهْلِهِ دُونَ غَيْرِهِمْ كَنَصْبِ الإِمَامِ وَاخْتِيَارِ المُتَوَلِّي وَفَتْحِ بَابِهِ وَإِغْلَاقِهِ وَتَكْرَارِ الجَمَاعَةِ إِذَا سَبَقَهُمْ بِهَا غَيْرُ أَهْلِهِ فَكَانَ فِعْلُهُمْ مُبَاحًا مُطْلَقًا غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَفِعْلُ غَيْرِهِمْ

قوله: وَإِنْ كَانَ الَّذِي فَعَلَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ العَشِيرَةِ ضَمِنَ، هذا إذا فعله غير العشيرة بغير إذن العشيرة، وأمَّا لو فعله بإذنهم فلا يضمن بالاتفاق؛ لأن فعل غير العشيرة بإذنهم كفعل العشيرة، ألا ترى أن من حفر بئرًا في طريق المسلمين بإذن الإمام فوقعَ فيها إنسان لم يضمن، كما لو حفر الإمام بنفسه، وأمَّا إذا فعل ذلك بغير إذن أهل المحلة إن أحدثوا بناءً، أو حفروا بئرًا، فعطب فيها إنسان فإنَّهم يضمنون بالإجماع؛ لأن أهل المحلة في حق المسجد بمنزلة الملاك وغير أهل المحلة بمنزلة الأجانب، والأجنبي لو فعل هذا في ملك غيره يضمن، فكذا هنا.

وأمَّا إذا وضعوا حُبًّا ليشربوا منه الماء، أو بسطوا حصيرًا أو بواري، أو علقوا قنديلًا بغير إذن أهل المحلة، فتعقل إنسان بالحصير فعطبَ أو عطبَ بغيره، قال أبو حنيفة رحمه الله: بأنَّهم يضمنون، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يضمنون، قال الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: أكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة، وعليه الفتوى، كذا في «الذخيرة».

وذكر الإمام التمرتاشي: لو ضاقَ المسجد بأهله فلهم أن يمنعوا من ليس منهم عن الصلاة فيه، وعن ابن سلام: باني المسجد أوْلَى بالعمارة، والقوم أوْلَى بنصب الإمام والمؤذن، وعن الإسكاف: الباني أحق بذلك، قال أبو الليث - رحمهم الله -: وبه نأخذ إلا أن ينصب، والقوم يريدون من هو أصلح لذلك.

قوله: وَتَكْرَارِ الجَمَاعَةِ إِذَا سَبَقَهُمْ بِهَا غَيْرُ أَهْلِهِ، أي: يفترق حكم تكرار الجماعة

تَعَدِّيًا أَوْ مُبَاحًا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَقَصْدُ القُرْبَةِ لا يُنَافِي الغَرَامَةَ إِذَا أَخْطَأَ الطَّرِيقَ كَمَا إِذَا تَفَرَّدَ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا وَالطَّرِيقُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ الِاسْتِئْذَانُ مِنْ أَهْلِهِ. قَالَ: (وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ،

في المسجد بحسب أنَّهم أهل المسجد أو غيرهم، فإن أهل المسجد لو صلوا فيه بجماعةٍ لا يكون لغيرهم أن يصلوا فيه بجماعةٍ[1]، وغير أهل المسجد لو صلوا فيه بجماعة فلأهل المسجد أن يصلوا فيه بجماعة بعد ذلك بجماعة، فعُلِم بهذا أن أهل المسجد مع غير أهل المسجد ليسوا بسواءٍ.

أو نقول: لا يبعد أن يكون المسلمون فيما هو المقصود وهو الصلاة فيها سواءً، ثم مع ذلك يختصُّ أهل المسجد بالتدبير فيه، كالكعبة، والناس فيما هو المقصود وهو الطواف سواء، ثم اختصَّ بنو شيبة بالتدبير فيه حتى «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم لمَّا أخذ المفتاح منهم يوم الفتح، نزل عليه الوحي يأمره بالرد فقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]».

قوله: وَقَصْدُ القُرْبَةِ لا يُنَافِي الغَرَامَةَ إِذَا أَخْطَأَ الطَّرِيقَ، هذا جواب عن قولهما: لِأَنَّ هَذِهِ مِنَ القُرَبِ، إلى آخره، وقال: قَصْدُ القُرْبَةِ لا يُنَافِي الغَرَامَةَ، ألا ترى أنه إذا وقفَ إنسان في الطريق لإماطة الأذى عن الطريق، أو لدفع الظلم عن غيره، فعطبَ به إنسان يضمن، وإن كان يستحق به الثواب، هذا كله من «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: كَمَا إِذَا تَفَرَّدَ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا، فإن شهادته من حيث أنَّها شهادة في حقوق الله تعالى حسبة كانت قربة، ولكن من شرط الشهادة في الزنا أن يكون الشهود أربعة ممَّن يسمع شهادته، فلمَّا نقصت تلك الشهادة من ذلك العدد انقلب الشهادة قذفًا فيجب حد القذف على الشاهد.

قوله: وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ، أي: في المسجد.

---

(١) في هامش فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): أي: بإذان وإقامة، أمَّا لهم الصلاة بالجماعة بغير إذان وإقامة.

وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ ضَمِنَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ عَلَى كُلِّ حَالٍ. وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ أَوْ لِلتَّعْلِيمِ أَوْ لِلصَّلَاةِ أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ أَوْ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَوْ مَرَّ فِيهِ مَارًّا أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِحَدِيثٍ فَهُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَأَمَّا الْمُعْتَكِفُ فَقَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَقِيلَ لَا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ.

قوله: وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ ضَمِنَ، عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أطلق الجلوس في غير الصلاة كما ترى، ولم يقيد أن الجلوس كان للانتظار في الصلاة، أو للحديث، أو للنوم، فالصحيح من الرواية أن يكون الجلوس مقيدًا لا مطلقًا؛ لأن أستاذ العلماء الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ذكر في «الجامع الصغير»: والصحيح من الجواب على قول أبي حنيفة رحمه الله إذا كان الجالس منتظرًا للصلاة، فإنه لا يكون ضامنًا لما يعطب به؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها».

وإنما الخلاف فيما إذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه، أو الحديث، أو قراءة القرآن.

وذكر في «الذخيرة» بعد ما ذكر الخلاف بينهم فيما إذا قعد الرجل في المسجد لحديث، أو نام فيه، أو قام فيه لغير الصلاة، أو مرَّ فيه مارًّا لحاجة من الحوائج، فعثر به إنسان فماتَ، قال أبو حنيفة رحمه الله: بأنه ضامن، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأنه لا ضمان عليه، فقال: وأمَّا إذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر للصلاة، أو قعد للتدريس وتعليم الفقه، أو الاعتكاف، أو قعد يذكر الله ويسبحه، ويقرأ القرآن، فعثر به إنسان فماتَ هل يضمن؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله لا رواية لهذا في الكتاب، واختلف المتأخرون، قال بعضهم: يضمن عند أبي حنيفة وإليه ذهب أبو بكر الرازي رحمهما الله، وقال بعضهم: لا يضمن، وإليه ذهب أبو عبدالله الجرجاني، فأمَّا إذا كان يصلي فعثر به إنسان فإنه لا ضمان عليه، سواء كان يصلي الفرائض أو التطوع؛ لأن التطوع يصير فرضًا بعد الشروع.

قال الفقيه أبو جعفر في «كشف الغوامض»: سمعتُ أبا بكر الثلجي رحمه الله: إن جلس

لَهُمَا أَنَّ المَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَالذِّكْرِ وَلَا يُمْكِنُهُ أَدَاءُ الصَّلَاةِ بِالجَمَاعَةِ إِلَّا بِانْتِظَارِهَا فَكَانَ الجُلُوسُ فِيهِ مُبَاحًا لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ الصَّلَاةِ، أَوْ لِأَنَّ المُنْتَظِرَ لِلصَّلَاةِ فِي الصَّلَاةِ حُكْمًا بِالحَدِيثِ فَلَا يَضْمَنُ كَمَا إِذَا كَانَ فِي الصَّلَاةِ.

وَلَهُ أَنَّ المَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ، وَهَذِهِ الأَشْيَاءُ مُلْحَقَةٌ بِهَا فَلَا بُدَّ مِنْ إِظْهَارِ التَّفَاوُتِ فَجَعَلْنَا الجُلُوسَ لِلْأَصْلِ مُبَاحًا مُطْلَقًا وَالجُلُوسَ لِمَا يُلْحَقُ بِهِ مُبَاحًا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ

لقراءة القرآن، أو معتكفًا في المسجد، لا يضمن عندهم جميعا، وذكر فخر الاسلام، والصدر الشهيد رحمهما الله في «الجامع الصغير»: إن جلس للحديث[1] فعطبَ به إنسان ضمن بالإجماع؛ لأنه غير مباح له، فعلى هذا ما ذكره في الكتاب بقوله: وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ القُرْآنِ أَوْ لِلتَّعْلِيمِ، إلى قوله: فَهُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، مخالفًا لهذه الروايات المذكورة، والله أعلم بصحته.

قوله: وَلَهُ أَنَّ المَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ، إلى آخره.

فإن قلتَ: إن المسجد كما بني للصلاة كذلك بني لذكر الله تعالى، وتسبيحه، والاعتكاف فيه، قال الله تعالى: ﴿فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلْغُدُوِّ وَٱلْآصَالِ﴾ [النور: ٣٦]، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [البقرة: ١١٤]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، عُلِم بهذه الآيات أن المسجد كما بني لإقامة الصلاة، بني لإقامة هذه القرب أيضًا، ثمَّ لو عثر به إنسان في حال إقامة الصلاة لا يضمن بالاتفاق، فيجبُ أن يكون كذلك فيما إذا قعد لإقامة هذه القرب أيضًا، لوجود موجب التسوية بينهما على ما ذكرنا.

قلتُ: لا كلام في أن كل واحد مأذون في ذكر اسم الله تعالى وتسبيحه، ومأجور فيهما في المساجد، لكن مع قيد السلامة، كما لو وقف في الطريق لإماطة الأذى عن الطريق، ولدفع

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): أي: للحديث الدنياوي.

السَّلَامَةِ وَلا غَرْوَ أَنْ يَكُونَ الفِعْلُ مُبَاحًا أَوْ مَنْدُوبًا إِلَيْهِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالرَّمْيِ إِلَى الكَافِرِ أَوْ إِلَى الصَّيْدِ وَالمَشْيِ فِي الطَّرِيقِ وَالمَشْيِ فِي المَسْجِدِ إِذَا وَطِئَ غَيْرَهُ وَالنَّوْمِ فِيهِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ.

(وَإِنْ جَلَسَ رَجُلٌ مِنْ غَيْرِ العَشِيرَةِ فِيهِ لِلصَّلَاةِ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ يَنْبَغِي أَنْ لا يَضْمَنَ)؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَأَمْرُ الصَّلَاةِ بِالجَمَاعَةِ إِنْ كَانَ مُفَوَّضًا إِلَى أَهْلِ المَسْجِدِ

الظلم عن غيره، فهو مثاب ومأجور مع هذين الفعلين على ما ذكرنا، ومع ذلك لو عطب به غيره يضمن، فكان الوقوف في الطريق مقيدًا بشرط السلامة، فكذا هاهُنا.

وأمَّا الفرق بين هذه القربة، وبين الصلاة في المسجد، أن هذه القرب يؤتى بها في المساجد بطريق التبعية للصلاة، والصلاة هي المقصودة في بناء المسجد، فلا بدَّ من إظهار التفرقة بين الأصل والتبع، وليس ذلك إلا لإطلاق في الأصل، والتقييد بشرط السلامة في التبع، وإنما قلنا: أن الصلاة هي المقصودة في بناء المساجد، بدليل الحكم الشرعي، والاسم اللغوي، والاستعمال العرفي.

أمَّا الحكم الشرعي: وهو أنه إذا ضاق المسجد على المصلي كان للمصلي أن يزعج القاعد من موضعه حتى يصلي فيه، وإن كان القاعد مشتغلًا بذكر الله تعالى، أو بالتدريس، أو بقراءة القرآن، أو بالاعتكاف، وفي عكسه لو كان أحد يريد الصلاة ليس لغيره أن يزعج السابق عن مكانه؛ لما أن المسجد بُني للصلاة مقصودًا.

وأمَّا الاسم اللغوي: فهو أنه سُمِّي مسجدًا، والمسجد هو موضع السجود، أي: السجود في الصلاة.

وأمَّا العرفي: فظاهر؛ لأن الناس تعارفوا بناء المسجد لأجل الصلاة لا لغيرها، إلى هذا أشار في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» لشمس الأئمة، وذكر صدر الإسلام - رحمهم الله تعالى - في «الجامع الصغير» بعد ما ذكر الخلاف والدليل من الطرفين، فقال: إلا أن ما قالاه

فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ وَحْدَهُ.

أظهر؛ لأن الجلوس من ضرورات ما هو مباح مطلقًا، فيصير حكمه كحكمه؛ لأن ما كان من ضرورات الشيء يكون حكمه حكم ذلك الشيء، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي الحَائِطِ المَائِلِ)

قَالَ: (وَإِذَا مَالَ الحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ المُسْلِمِينَ فَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ حَتَّى سَقَطَ ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهِ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ) وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَضْمَنَ؛ لِأَنَّهُ لا صُنْعَ مِنْهُ مُبَاشَرَةً، وَالمُبَاشَرَةُ شَرْطٌ هُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ؛ لِأَنَّ

فصل في الحائط المائل

لمَّا ذكر أحكام مسائل القتل الذي تتعلق بالإنسان مباشرة وتسبيبًا، شرع في بيان أحكام القتل المتعلقة بالجماد، وهو الحائط المائل، وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات، تقديماً للحيوان على الجماد، إلا أن الحائط المائل يناسب الجُرصن، والروشن، والجناح، والكنيف، وغيرها لما ذكرها، ألحق مسائل الحائط بِها، ولهذا ألحقها بلفظ الفصل لا بلفظ الباب إظهارًا للتبعية.

قوله: وَإِذَا مَالَ الحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ المُسْلِمِينَ، أو وهيَ فوقع على الطريق الأعظم فقتل إنسانًا فلا ضمان عليه، هذا إذا بنى الحائط مستويًا ثم مال، وأمَّا إذا بنى الحائط مائلًا في الابتداء فتذكر بعد.

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَضْمَنَ، وهو قول الشافعي رحمه الله فقال: لأنه لم يوجد منه صنع هو تعدٍّ، والإشهاد عليه فعل غيره فلا يكون سببًا لوجوب الضمان عليه، ولكن استحسن علماؤنا في إيجاب الضمان، رُوي ذلك عن عليٍّ رضي الله عنه، وعن شريح، والنخعي، والشعبي وغيرهم رحمهم الله من أئمة التابعين؛ وهذا لأن هواء الطريق قد اشتغل بحائطه، وحين أشهد عليه فقد طولب بالتفريغ والرد، فإذا امتنع بعد ما تمكَّن منه كان ضامنًا،

أَصَلَ البِنَاءِ كَانَ فِي مِلْكِهِ، وَالمَيَلَانُ وَشَغْلُ الهَوَاءِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ فَصَارَ كَمَا قَبْلَ الإِشْهَادِ. وَجْهُ الاِسْتِحْسَانِ أَنَّ الحَائِطَ لَمَّا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَقَدِ اشْتَمَلَ هَوَاءَ طَرِيقِ المُسْلِمِينَ بِمِلْكِهِ وَرَفْعُهُ فِي يَدِهِ، فَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ وَطُولِبَ بِتَفْرِيغِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ فَإِذَا امْتَنَعَ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ وَقَعَ ثَوْبُ إِنْسَانٍ فِي حِجْرِهِ يَصِيرُ مُتَعَدِّيًا بِالاِمْتِنَاعِ عَنِ التَّسْلِيمِ إِذَا طُولِبَ بِهِ كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الإِشْهَادِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ هَلَاكِ الثَّوْبِ قَبْلَ الطَّلَبِ.

وَلِأَنَّا لَوْ لَمْ نُوجِبْ عَلَيْهِ الضَّمَانَ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّفْرِيغِ فَيَنْقَطِعُ المَارَّةُ حَذَرًا عَلَى أَنْفُسِهِمْ فَيَتَضَرَّرُونَ بِهِ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ العَامِّ مِنَ الوَاجِبِ وَلَهُ تَعَلُّقٌ بِالحَائِطِ فَيَتَعَيَّنُ لِدَفْعِ هَذَا الضَّرَرِ، وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ العَامِّ مِنْهُ، ثُمَّ فِيمَا تَلِفَ بِهِ مِنَ النُّفُوسِ تَجِبُ الدِّيَةُ وَتَتَحَمَّلُهَا العَاقِلَةُ؛ لِأَنَّهُ فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً دُونَ الخَطَأِ فَيَسْتَحِقُّ فِيهِ التَّخْفِيفُ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى اسْتِئْصَالِهِ وَالإِجْحَافِ بِهِ، وَمَا تَلِفَ بِهِ مِنَ الأَمْوَالِ كَالدَّوَابِّ وَالعُرُوضِ يَجِبُ ضَمَانُهَا فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ العَوَاقِلَ لا تَعْقِلُ

بمنزلة ما لو هبت الريح بثوب إلى آخره، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ، على لفظ بناء المفعول، هكذا كان تصحيح شيخي رحمه الله؛ ولأن قراءة قوله: وَطُولِبَ، بالعطف عليه يدل على ذلك، أي: فإذا أوذن وأخبر بأن حائطه مائل.

قوله: وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ العَامِّ مِنْهُ، كما في الرمي على الكفار وإن تترسوا بالصبيان، ومصانعة الوصي في مال اليتيم، وقطع العضو الآكلة عند خوف هلاك النفس.

قوله: وَتَتَحَمَّلُهَا العَاقِلَةُ، وقال محمد رحمه الله: إن العاقلة لا تضمن حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على التقدم إليه في النقض، وعلى أنه ماتَ من سقوطه عليه، وعلى أن الدار

المَالَ وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ وَطَلَبُ النَّقْضِ مِنْهُ دُونَ الإِشْهَادِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الإِشْهَادَ لِيَتَمَكَّنَ مِنْ إِثْبَاتِهِ عِنْدَ إِنْكَارِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الاحْتِيَاطِ. وَصُورَةُ الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ: اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَقَدَّمْتُ إِلَى هَذَا الرَّجُلِ فِي هَدْمِ حَائِطِهِ هَذَا، وَلا يَصِحُّ الإِشْهَادُ قَبْلَ أَنْ يَهِيَ الحَائِطُ لِانْعِدَامِ التَّعَدِّي.

له؛ لأن كون الدار في يده ظاهر، والظاهر لا يستحق به حق على الغير، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ، وتفسير التقدم أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط: إن حائطك هذا مخوف، أو يقول: مائل، فانقضه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئًا.

وفي «المنتقى»: رجل له حائط مائل فقال له آخر: اهدم هذا الحائط فإنه مائل، فهذا إشهاد عليه، ولو قال له: ينبغي لك أن تهدمه، فهذا ليس بإشهاد عليه بل هو مشورة.

ويشترط لصحة التقدم والطلب أن يكون التقدم إلى من له ولاية التفريغ؛ لأن الفعل إنما يطلب من القادر، حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة، فلم ينقض الحائط حتى سقطَ على إنسان لا ضمان على أحد، أمّا على السكان؛ فلأن التقدم إليهم لم يصح، وأمّا على المالك؛ فلأنه لم يتقدم إليه.

وكذلك يشترط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق، والحق في طريق العامة للعامة فيكتفى بطلب واحدٍ من العامة، وفي السكة الخاصة الحق لصاحب السكة، فيكتفى بطلب واحد منهم أيضـًا، وفي الدار يشترط طلب المالك، وبعد صحة الطلب يشترط لوجوب الضمان: دوام القدرة على التفريغ إلى وقت السقوط، والتقدم إلى صاحب الحائط تقدم في نقضه، حتى لو سقط الحائط بعد التقدم وعثر إنسان بنقضه فماتَ فديته على صاحب الحائط، وهو قول محمد رحمه الله وهو الصحيح، خلافًا لأبي يوسف فيما رواه أصحاب «الأمالي»، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ ... دُونَ الإِشْهَادِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الإِشْهَادَ لِيَتَمَكَّنَ مِنْ إِثْبَاتِهِ عِنْدَ إِنْكَارِهِ، يعني: إذا جحد صاحب الحائط التقدم إليه في ذلك أمكن إثباته عليه بالبينة بمنزلة

قَالَ: (وَلَوْ بَنَى الحَائِطَ مَائِلًا فِي الِابْتِدَاءِ قَالُوا: يَضْمَنُ مَا تَلِفَ بِسُقُوطِهِ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ)؛ لِأَنَّ البِنَاءَ تَعَدٍّ ابْتِدَاءً كَمَا فِي إِشْرَاعِ الجَنَاحِ.

قَالَ: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَى التَّقَدُّمِ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ عَلَى القَتْلِ، وَشَرْطُ التَّرْكِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ إِمْكَانِ النَّقْضِ

الشفيع، فالمعتبر في حقه طلب الشفعة ولكن يؤمر بالإشهاد على ذلك احتياطًا لهذا المعنى، كذا في «المبسوط».

وذكر في «التحفة» بعد ما ذكر أن الشرط هو التقدم دون الإشهاد، حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجبَ عليه الضمان وإن لم يشهد عليه.

قوله: وَشَرْطُ التَّرْكِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ فِيهَا؛ لأنه رُبَّما لا يتمكن من ذلك بنفسه لجهله، أو لعدم الآلة، فيحتاج إلى طلب الأجراء فصار مدة التمكن من إحضار الأجراء مستثنى في الشرع.

ولو أشهد على رجل في حائط مائل إلى دار رجل، فسأل صاحب الحائط من القاضي أن يؤجله يومين، أو ثلاثة، أو ما أشبه ذلك، ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط وأتلف شيئًا كان الضمان واجبًا على صاحب الحائط؛ لأن التأجيل لم يصح؛ لأن الحق لصاحب الدار لا للقاضي، فصار وجود هذا التأجيل والعدم بمنزلة، ولو وجد التأجيل من صاحب الدار فوقع الحائط في مدة التأجيل وأفسد شيئًا لا يجب الضمان؛ لأن التأجيل قد صحَّ لصدوره من صاحب الحق فلا يصير صاحب الحائط بترك التفريغ جانيًا.

ولو أشهد على رجل في حائط مائل له إلى الطريق الأعظم، فطلب صاحب الحائط من القاضي أن يؤخره يومًا أو يومين أو ثلاثة، ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط المائل، وأتلفَ شيئًا في المدة كان الضمان واجبًا؛ لأن الحق لعامة المسلمين، وتصرف القاضي فيما هو حق عامة المسلمين إنما ينفذ فيما لهم فيه منفعة لا فيما لهم فيه مضرَّة، وفي هذا التأجيل ضرر لعامة المسلمين فلم يصح هذا التأجيل والتحق بالعدم، كذا في «الذخيرة».

لِيَصِيرَ بِتَرْكِهِ جَانِيًا، وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ؛ لِأَنَّ النَّاسَ كُلَّهُمْ شُرَكَاءُ فِي الْمُرُورِ فَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ رَجُلًا كَانَ أَوِ امْرَأَةً حُرًّا كَانَ أَوْ مُكَاتَبًا، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ مُطَالَبَةٌ بِالتَّفْرِيغِ فَيَتَفَرَّدُ كُلُّ صَاحِبِ حَقٍّ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ مَالَ إِلَى دَارِ رَجُلٍ فَالْمُطَالَبَةُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ عَلَى الخُصُوصِ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا سُكَّانٌ لَهُمْ أَنْ يُطَالِبُوهُ؛ لِأَنَّ لَهُمُ المُطَالَبَةَ بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ الدَّارَ فَكَذَا بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ هَوَاءَهَا، وَلَوْ أَجَّلَهُ صَاحِبُ الدَّارِ أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهَا أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ سَاكِنُوهَا فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلِفَ بِالحَائِطِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَأَجَّلَهُ القَاضِي أَوْ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ حَيْثُ لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ وَلَيْسَ إِلَيْهِمَا إِبْطَالُ حَقِّهِمْ.

وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ بَعْدَمَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ وَقَبَضَهَا المُشْتَرِي بَرِئَ مِنْ ضَمَانِهِ؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ بِتَرْكِ الهَدْمِ مَعَ تَمَكُّنِهِ وَقَدْ زَالَ تَمَكُّنُهُ بِالبَيْعِ، بِخِلَافِ إِشْرَاعِ الجَنَاحِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ جَانِيًا بِالوَضْعِ وَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالبَيْعِ فَلَا يَبْرَأُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَلا ضَمَانَ عَلَى المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ

قوله: وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ، وفي «شرح الأقطع»: وكذلك لو طالبت به امرأة، أو صبي، أو رجل غريب من بلد آخر؛ لأن جميع هؤلاء لهم المرور في الطريق فصحَّت مطالبتهم لثبوت حقهم.

وفي «شرح الطحاوي»: لو كان الحائط مائلًا إلى الطريق العام فإن الخصومة فيه إلى واحد من الناس، مسلمًا كان أو ذميًّا بعد أن كان حرًّا بالغًا عاقلًا، أو كان صغيرًا أذن له وليه بالخصومة فيه، أو كان عبدًا أذن له مولاه بالخصومة فيه.

لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ بَعْدَ شِرَائِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِتَرْكِهِ التَّفْرِيغَ مَعَ تَمَكُّنِهِ بَعْدَمَا طُولِبَ بِهِ، وَالأَصْلُ أَنَّهُ يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إلَى كُلِّ مَنْ يَتَمَكَّنُ مِنْ نَقْضِ الحَائِطِ وَتَفْرِيغِ الهَوَاءِ، وَمَنْ لا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ لا يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إلَيْهِ كَالمُرْتَهِنِ وَالمُسْتَأْجِرِ وَالمُودَعِ وَسَاكِنِ الدَّارِ، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إلَى الرَّاهِنِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى ذَلِكَ بِوَاسِطَةِ الفِكَاكِ وَإِلَى الوَصِيِّ وَإِلَى أَبِ اليَتِيمِ أَوْ أُمِّهِ فِي حَائِطِ الصَّبِيِّ لِقِيَامِ الوِلَايَةِ.

وَذَكَرَ الإِمَامُ فِي الزِّيَادَاتِ: وَالضَّمَانُ فِي مَالِ اليَتِيمِ؛ لِأَنَّ فِعْلَ هَؤُلَاءِ كَفِعْلِهِ،

قوله: وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إلَى الرَّاهِنِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى ذَلِكَ - أي: الهدم - بِوَاسِطَةِ الفِكَاكِ - لأنه يتمكن من أن يقضي الدين ويسترد الحائط فيهدمه فيصح التقدم إليه - وَإِلَى الوَصِيِّ وَإِلَى أَبِ اليَتِيمِ، أي: إلى أب الصبي، هكذا ذكر في «المبسوط»، فكان المراد من اليتيم الصبي، لاستحالة اليتم مع وجود الأب.

قوله: وَالضَّمَانُ فِي مَالِ اليَتِيمِ؛ لِأَنَّ فِعْلَ هَؤُلَاءِ كَفِعْلِهِ، أي: فعل الوصي والأب والأم كفعل الصبي.

وفي «المبسوط»: وإذا تُقدم إلى أب الصبي أو الوصي في نقض الحائط فلم ينقضه حتى سقط فأصاب شيئًا فضمانه على الصبي؛ لأن الأب والوصي يقومان مقامه ويملكان هدم الحائط فصح التقدم إليهما فيه، ويكون ذلك كالتقدم إلى الصبي بعد بلوغه، ثم هما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فلهذا كان الضمان عليه دونهما، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: لمَّا صح التقدم إلى الوصي لأجل الصبي وجبَ أن يلزم الضمان على تقدير السقوط والهلاك على الوصي إذا فرط في النقض بعد التقدم إليه؛ لأن التقصير جاء من قبله حيث فرط في النقض مع الإمكان، فكان قاصدًا إلحاق الضرر بالصغير وهو لا يملك إلحاق الضرر بالصغير فيجب في مال الوصي.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن الجواب عن هذا أن في تفريط النقض نوع مضرة للصغير،

وَإِلَى المُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ الوِلَايَةَ لَهُ، وَإِلَى العَبْدِ التَّاجِرِ سَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ

ونوع مصلحة له.

أمَّا نوع المضرة: فمن حيث أنه ربما يسقط على شيءٍ فيجب ضمان ذلك في مال اليتيم فيتضرر به اليتيم أكثر مما يتضرر به لو نقضه وبناه.

وأمَّا نوع المصلحة: فمن حيث أنه متى نقض احتاج إلى أن يبني ثانيًا، ومتى بنى ثانيًا يلحق الصبي في إصلاح ذلك مؤنة عظيمة، إلا أن جانب المصلحة راجح على جانب المضرة في التفريط؛ لأن ما يلزمه من المؤنة في نقض الحائط وبنائه ثانيًا ضرر متيقن، وما يلحق الصبي من الضمان بسبب سقوط الحائط موهوم؛ لأنه يحتمل أن لا يسقط ولو سقطَ يحتمل أن لا يهلك به شيء، فلمَّا كان كذلك صارت العبرة للمصلحة.

وهذا كما قالوا في الوصي: إذا باع دار اليتيم ثم إن المشتري بنى فيها بناءً عظيمًا، ثم جاء مستحق واستحق الدار رجع المشتري على الوصي بالثمن وبقيمة البناء ويكون ذلك في مال اليتيم، وهذا الضرر إنما يلحق الصبي من جهة الوصي؛ لأنه لو لا بيعه لما كان يجب قيمة البناء في مال اليتيم، ولكن في بيع دار اليتيم إن كان على اليتيم ضرر موهوم؛ لأنه يحتمل أن لا يستحق ترجيح جانب المصلحة على المضرة.

فإن قلتَ: لو كان التقدم على الوصي والأب بمنزلة التقدم على الصبي، ينبغي أن لا يهدر دم القتيل فيما إذا سقط الحائط بعد بلوغ الصبي وقتل إنسانًا حيث يهدر دمه وإن كان ذلك بعد التقدم إلى الوصي والأب.

قلتُ: إنما كان كذلك؛ لأن التقدم على الوصي والأب ليس بتقدم إلى الصغير حقيقةً، ولكن جعل كالتقدم إلى الصغير لقيام ولايتهما عليه، فيما دامت ولايتهما باقية عليه يبقى حكم ذلك التقدم في حقه، وبالبلوغ زالت ولايتهما عنه فبطل حكم ذلك التقدم في حقه، وصار في حق الصغير كأن التقدم لم يوجد أصلًا، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الذخيرة».

قوله: وَإِلَى المُكَاتَبِ، أي: ويصح التقدم إلى المكاتب، وهو معطوف على **قوله:** وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى الرَّاهِنِ.

لَمْ يَكُنْ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ النَّقْضِ لَهُ، ثُمَّ التَّلَفُ بِالسُّقُوطِ إِنْ كَانَ مَالًا فَهُوَ فِي عُنُقِ العَبْدِ، وَإِنْ كَانَ نَفْسًا فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ المَوْلَى؛ لِأَنَّ الإِشْهَادَ مِنْ وَجْهٍ عَلَى المَوْلَى وَضَمَانُ المَالِ الِيَقُ بِالعَبْدِ وَضَمَانُ النَّفْسِ بِالمَوْلَى، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى أَحَدِ الوَرَثَةِ فِي نَصِيبِهِ وَإِنْ كَانَ لا يَتَمَكَّنُ مِنْ نَقْضِ الحَائِطِ وَحْدَهُ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ إِصْلَاحِ نَصِيبِهِ بِطَرِيقِهِ وَهُوَ المُرَافَعَةُ إِلَى القَاضِي.

قوله: ثُمَّ التَّلَفُ بِالسُّقُوطِ إِنْ كَانَ مَالًا فَهُوَ فِي عُنُقِ العَبْدِ، حتى يباع العبد فيه كما يباع في ديون تجارية، وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس، ولكنَّا استحسنا الفرق بينهما فقلنا: العبد في ضمان التزام المال كالحر، فإنه منفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك، وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه؛ لأن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك، فكان الضمان على عاقلة المولى، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ كَانَ نَفْسًا فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ المَوْلَى، فإن قلتَ: هذا الذي ذكره فيما إذا لم يكن على العبد دين فظاهر؛ لأن الحائط المائل ملك المولى فيجعل الإشهاد على العبد بمنزلة الإشهاد على المولى، باعتبار أن الحائط المائل ملك المولى، وأمَّا إذا كان على العبد دين فالمولى لا يملك اكتساب العبد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لما عرف، فكيف يجعل الإشهاد على العبد إشهادًا على المولى حتى وجبَ ضمان النفس على عاقلة المولى.

قلتُ: نعم كذلك إلا أن المولى أحق باستخلاصه لنفسه فيجعل في حكم الجناية كأن المولى هو المالك، ألا ترى أنه إذا وجد القتيل في دار العبد كانت الدية والقسامة على عاقلة المولى، سواء كان عليه دين أو لم يكن على ما اختاره الطحاوي رحمه الله بالإجماع، فكذلك هاهنا كان ضمان الدية على عاقلة المولى، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى أَحَدِ الوَرَثَةِ فِي نَصِيبِهِ، يعني: لو كان الحائط موروثًا بين ورثة فتقدم إلى واحدٍ منهم كان التقدم إليه في نصيبه يصح، حتى لو هلك بسقوطه شيء يضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه، وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان، وأمَّا جواب القياس فهو

(وَلَوْ سَقَطَ الحَائِطُ المَائِلِ عَلَى إِنْسَانٍ بَعْدَ الإِشْهَادِ فَقَتَلَهُ فَتَعَثَّرَ بِالقَتِيلِ غَيْرُهُ فَعَطِبَ لا يَضْمَنُهُ)؛ لِأَنَّ التَّفْرِيغَ عَنْهُ إِلَى الأَوْلِيَاءِ لا إِلَيْهِ (وَإِنْ عَطِبَ بِالنَّقْضِ ضَمِنَهُ)؛ لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَيْهِ إِذِ النَّقْضُ مِلْكُهُ وَالإِشْهَادُ عَلَى الحَائِطِ إِشْهَادٌ عَلَى النَّقْضِ؛

أن لا يضمن واحد من الورثة، أمَّا الذي تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض، ولم يفد التقدم فائدته في حقه، فإن واحدًا منهم كما لا يتمكن من بنائه لا يتمكن من نقضه أيضًا، وأمَّا غيره من الورثة الباقين فلعدم التقدم إليهم، فلم يكن واحد منهم متعديًا في ترك التفريغ.

وأمَّا جواب الاستحسان فإنه يضمن هذا الذي أشهد عليه بحصته فيما أصابه؛ لأنه كان متمكنًا من أن يطلب شركاءه ليجتمعوا على هدمه؛ وهذا لأن الإشهاد على جماعتهم يتعذر عادةً، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه أدي إلى الضرر، والضرر مدفوع، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ سَقَطَ الحَائِطُ المَائِلِ عَلَى إِنْسَانٍ بَعْدَ الإِشْهَادِ فَقَتَلَهُ فَتَعَثَّرَ بِالقَتِيلِ غَيْرُهُ فَعَطِبَ لا يَضْمَنُهُ؛ - أي: لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني - لِأَنَّ التَّفْرِيغَ عَنْهُ - أي: تفريغ الطريق عن الميت برفعه - إِلَى الأَوْلِيَاءِ، أي: مفوض إلى أولياء القتيل؛ لأنَّهم هم الذين يتولون دفن ميتهم.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين إشراع الجناح والمسألة بحالها، أعني: أن صاحب الدار إذا أخرج الجناح إلى الطريق فوقع الجناح على الطريق فعثر إنسان بنقضه وماتَ، أو وقع على إنسان وماتَ ثم تعثر رجل بالقتيل وماتَ أيضًا، فدية القتيلين جميعًا على صاحب الجناح، وهاهُنا دية القتيل الثاني ليست على صاحب الحائط المائل وإن كان الهلاك بعد الإشهاد.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن إشراع الجناح نفسه جناية؛ لأنه يشغل به هواء طريق المسلمين، ولو شغل شيئًا من طريق المسلمين بشيء وضعه فيه كان جانيًا بنفس الوضع، وهاهُنا كذلك، وإذا كان نفس إشراع الجناح جناية فنقول: الإشراع فعله وصار كأنه ألقاه بيده عليه، فصار حصول القتيل في الطريق مضافًا إلى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق، ومن ألقى شيئًا في الطريق كان ضامنًا لما عطب به وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه، فهُنا كذلك.

لِأَنَّ المَقْصُودَ امْتِنَاعُ الشُّغْلِ (وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَى الحَائِطِ فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ ضَمِنَهُ)؛ لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ مِلْكَ غَيْرِهِ لا يَضْمَنُهُ)؛

بخلاف مسألة الحائط؛ لأن نفس البناء ليست بجناية، وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به ضامنـًا، لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ، والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل، فلذلك جعل فاعلًا في حق القتيل الأول لا في حق القتيل الثاني، ولم يوجد منه في حق القتيل الثاني فعل أصلًا لا تحقيقًا ولا تقديرًا، فلم يصر جانيًا في حقه فلا يجب ضمانه.

وكذا هذا الفرق ثابت بين من هلك بنقض الحائط المائل، وبين من هلك بتعثر من هلك بنقض الحائط المائل، أو بالحائط المائل بعد الإشهاد، فإن ضمان القتيل الثاني ليس على صاحب الحائط المائل، بخلاف ضمان القتيل الأول فإنه على صاحب الحائط المائل إذا كان بعد الإشهاد؛ وذلك لأن الإشهاد على الحائط إشهاد على نقضه، فكان هو مطالبًا بتفريغ عرصة الطريق عن النقض، وهو قادر على التفريغ؛ لأن النقض ملكه، فإذا لم يفرغ مع تمكنه صار بمنزلة الواضع مع اختياره، فكان مؤاخذًا به، أمَّا الإشهاد على الحائط ليس بإشهاد على القتيل؛ لأن رفع القتيل ليس على صاحب الدار، إنما ذلك على أولياء القتيل فلا يكون صاحب الحائط مطالبًا بتفريغ عرصة الطريق عن القتيل، فلا يكون الإشهاد على الحائط إشهادًا على القتيل، فصار في حق القتيل كأن الإشهاد لم يوجد أصلًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَى الحَائِطِ، إلى آخره، وإذا وضع الرجل على حائطه شيئًا فوقع ذلك الشيء فأصاب إنسانًا فلا ضمان عليه فيه؛ لأنه وضعه على ملكه وهو لا يكون متعديًا فيما يحدثه في ملكه، سواء كان الحائط مائلًا أو غير مائل؛ لأنه في الموضعين لا يكون ممنوعًا من وضع متاعه على ملكه، كذا في «المبسوط».

ولكن في رواية «المبسوط» ذكر سقوط الجرة وحدها، وفي رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرَّة.

قوله: وَإِنْ كَانَ، أي: وإن كانت الجرة، فذكَّرها على تأويل الشيء كما هو رواية «المبسوط».

لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَى مَالِكِهَا.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ الحَائِطُ بَيْنَ خَمْسَةِ رِجَالٍ أَشْهَدَ عَلَى أَحَدِهِمْ فَقَتَلَ إِنْسَانًا ضَمِنَ خُمُسَ الدِّيَةِ وَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَحَفَرَ أَحَدُهُمْ فِيهَا بِئْرًا وَالحَفْرُ كَانَ بِغَيْرِ رِضَا الشَّرِيكَيْنِ الآخَرِينَ، أَوْ بَنَى حَائِطًا فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَعَلَيْهِ ثُلُثَا الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي الفَصْلَيْنِ).

لَهُمَا أَنَّ التَّلَفَ بِنَصِيبِ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ مُعْتَبَرٌ، وَبِنَصِيبِ مَنْ لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهِ هَدَرٌ، فَكَانَا قِسْمَيْنِ فَانْقَسَمَ نِصْفَيْنِ كَمَا مَرَّ فِي عَقْرِ الأَسَدِ وَنَهْشِ الحَيَّةِ وَجَرْحِ الرَّجُلِ.

قوله: فَعَلَيْهِ، أي: فعلى كل واحد من حافر البئر، وباني الحائط.

قوله: وَقَالَا: عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي الفَصْلَيْنِ، أي: في فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة، وفي فصل دار بين ثلاثة.

لَهُمَا في المسألة: أن صحة الإشهاد باعتبار تمكنه من الهدم، وهو باعتبار ملكه متمكن من الهدم، وباعتبار ملك شريكه غير متمكن من الهدم، فاجتمع في حقه معنيان:

أحدهما موجب للضمان، والآخر مانع من وجوب الضمان عليه، فيلزمه نصف الضمان؛ لأن المهدر يجعل جنسًا، والمعتبر جنسًا، كمن جرحه رجل ونَهشته حية؛ وهذا لأن حكم نصيب الشركاء في حقه واحد، فلا ينظر إلى تعدد الشركاء، ولا فرق بين أن يكون شريكه في الحائط واحدًا أو جماعة.

وكذلك في المسألة الثانية يقولان: عليه نصف الدية؛ لأنه باعتبار ملكه غير متعدٍ فيما أحدث، وباعتبار ملك شريكه متعدٍ في حقه، وصفة التعدي في حقه لا تختلف بقلة شركائه وكثرتهم، فيلزمه نصف الضمان باعتبار معنى التعدي من وجه دون وجه.

وَلَهُ أَنَّ المَوْتَ حَصَلَ بِعِلَّةٍ وَاحِدَةٍ وَهُوَ الثِّقَلُ المُقَدَّرُ وَالعُمْقُ المُقَدَّر؛ لِأَنَّ أَصْلَ ذَلِكَ لَيْسَ بِعِلَّةٍ وَهُوَ القَلِيلُ حَتَّى يُعْتَبَرَ كُلُّ جُزْءٍ عِلَّةً فَتَجْتَمِعُ العِلَلُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يُضَافُ إِلَى العِلَّةِ الوَاحِدَةِ ثُمَّ تُقْسَمُ عَلَى أَرْبَابِهَا بِقَدْرِ المِلْكِ، بِخِلَافِ الجِرَاحَاتِ فَإِنَّ كُلَّ جِرَاحَةٍ عِلَّةٌ لِلتَّلَفِ بِنَفْسِهَا صَغُرَتْ أَوْ كَبُرَتْ عَلَى مَا عُرِفَ،

وأبو حنيفة رحمه الله يقول في المسألة الأولى: إن وجوب الضمان عليه باعتبار أن التلف حصل بثقل الحائط، وهو علة واحدة لا ثقل بعضه؛ لأن وقوع الجزء اليسير ليس بمهلك، ولو كان أجنبيًا في الكل لا يصح الإشهاد عليه، ولو كان مالكًا للكل صح الإشهاد عليه، فيصح بقدر ما ملك اعتبارًا للبعض بالكل؛ وهذا لأنه لمَّا كان الحائط بين خمسة إنما وجد من كل واحد منهم من النقل بقدر ملكه، فيتوزع الضمان على ذلك، ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعًا ثم سقطَ على إنسان على كل واحدٍ منهم خمس الدية، فبترك الإشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب في حق من أشهد عليه.

وقيل: جواب أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا ماتَ القتيل بثقل الحائط، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يخالفانه في ذلك، وجوابهما فيما إذا ماتَ بسبب الجرح بأن جرحه الحائط، وأبو حنيفة رحمه الله يوافقهما في ذلك.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول في المسألة الثانية: الجزء معتبر بالكل، ولو كان جميع الموضع الذي أحدث فيه مملوكًا لغيره يضمن جميع ما يتلف بسببه، فإن كان قدر الثلثين مملوكًا لغيره يضمن الثلثين اعتبارًا للبعض بالكل؛ وهذا لأن صفة التعدي إنما تنعدم في الثلث فيما إذا أحدثه باعتبار ملكه، ويتمكن في الثلثين باعتبار ملك غيره التعدي، ووجوب الضمان بسبب التعدي، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة وغيره.

وقوله: وَهُوَ الثِّقَلُ المُقَدَّرُ - أي: في الحائط - وَالعُمْقُ المُقَدَّرُ؛ - أي: في البئر - لِأَنَّ أَصْلَ ذَلِكَ - أي: القليل من الثقل والعمق - لَيْسَ بِعِلَّةٍ، للتلف.

قوله: بِخِلَافِ الجِرَاحَاتِ فَإِنَّ كُلَّ جِرَاحَةٍ عِلَّةٌ لِلتَّلَفِ بِنَفْسِهَا صَغُرَتْ أَوْ كَبُرَتْ ...،

إِلَّا أَنَّ عِنْدَ الْمُزَاحِمَةِ أُضِيفَ إِلَى الْكُلِّ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

إِلَّا أَنَّ عِنْدَ الْمُزَاحِمَةِ أُضِيفَ إِلَى الكُلِّ، فلمَّا أضيف التلف إلى الكل فبعض الجراحات معتبر في إضافة الضمان إليه، وبعضها غير معتبر، فجعل الذي هو غير معتبر شيئًا واحدًا وإن تعدد جراحة، فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحد النصفين وأهدر الآخر؛ وهذا لأنه إذا لم يصلح البعض لإضافة الحكم إليه، وصلح لقطع النسبة عن المزاحم ظهرت المزاحمة في قطع النسبة إن لم تظهر في حق استحقاق الحكم، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ جِنَايَةِ البَهِيمَةِ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهَا)

قَالَ: (الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ مَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا أَوْ رَأْسِهَا أَوْ كَدَمَتْ أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ،

باب جناية البهيمة والجناية عليها

لمَّا فرغ من بيان أحكام جناية الإنسان والجناية عليه مباشرةً وتسبيبًا، شرع في بيان أحكام جناية البهيمة والجناية عليها، ولا شك لأحد في تقدم الإنسان على البهيمة مرتبةً، فكذا ذكرًا.

قوله: الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ، والصحيح: وطئت الدابة؛ لأنك تقول: أوطأت فلانًا الدابة فوطئته، أي: ألقيتها لها حتى وضعت عليه رجلها.

الكدم: العضُّ بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار.

والخبط: الضرب باليد.

والصدم: هو أن تضرب الشيء بجسدك، ومنه: «الكلب إذا قتل الصيد صدمًا لا يؤكل»، واصطدم الفارسان: إذا ضربَ أحدهما الآخر بنفسه.

يقال: نَفَحَت الدابة الشيء، إذا ضربته بحدٍّ حافرها، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

واعلم أن جناية الدابة لا تخلو من ثلاثة أوجه: إمَّا أن تكون في ملك صاحب الدابة، أو في ملك غيره، أو في طريق المسلمين، فإن كان في ملك صاحب الدابة ولم يكن صاحب الدابة معها فإنه لا يضمن صاحبها، واقفة كانت الدابة أو سائرة، وطئت بيدها أو برجلها،

....

أو نفحت أو كدمت.

وإن كان صاحبها معها إن كان قائدًا لها أو سائقًا لها فكذا لا يضمن صاحبها في الوجوه كلها، سواء أتلفت نفسًا أو مالًا.

وكذلك إن كان الملك له ولغيره؛ لأن لكل واحد من الشريكين أن يوقف دابته في الملك المشترك، ويستوي أن يكون نصيبه فيها أقل أو أكثر؛ لأن صاحب الدابة فيما جنت الدابة في هذه الوجوه مسبِّب وليس بمباشر؛ لأنه لم يتصل فعله وثقله بالمتلف حتى يكون مباشرًا، وإنما اتصل به أثر فعله بواسطة فعل مختار وهو الدابة، وهذا هو حد التسبيب إلا أن المسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا ولا يضمن إذا كان غير متعد، وصاحب الدابة في إيقاف الدابة وتسييرها في ملكه ليس بمتعدٍّ فلا يضمن.

وإن كان صاحب الدابة راكبًا على الدابة والدابة تسير إن وطئت بيدها أو رجلها يضمن، وإن كدمت أو نفحت بيدها أو رجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان؛ لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف فكأنَّهما وطئاه جميعًا، ولهذا يجب على الراكب الكفارة إذا وطئت الدابة بيدها أو رجلها، ويحرم عن الميراث، والمباشر ضامن سواء كان متعديًا أو لم يكن، أمَّا إذا لم يكن صاحب الدابة راكبًا عليها بل كان سائقًا أو قائدًا لها فصاحب الدابة مسبِّب؛ لأنه لم يتصل ثقله بالمتلف، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا وهو ليس بمتعد بتسيير الدابة في ملكه.

وأمَّا إذا كانت جناية الدابة في ملك غير صاحب الدابة فهذا على وجهين:

إمَّا أن دخلت في ملك الغير بغير إذن المالك من غير إدخال صاحبها بأن كانت منفلتة، وفي هذا الوجه لا ضمان على صاحبها، وأمَّا إذا دخلت بإدخال صاحبها وفي هذا الوجه صاحب الدابة ضامن في الوجوه كلها، سواء كانت واقفة أو سائرة، وسواء كان صاحبها معها يسوقها، أو يقودها، أو كان راكبًا عليها، أو لم يكن معها؛ لأن صاحب الدابة في بعضها مباشر، وفي بعضها مسبِّب متعد؛ إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير إذن المالك.

وَلا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا أَوْ ذَنَبِهَا) وَالأَصْلُ أَنَّ المُرُورَ فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ

وأمَّا إذا كانت جناية الدابة في طريق المسلمين أوقفها صاحبها فصاحب الدابة ضامن لما تلف بفعل الدابة في الوجوه كلِّها؛ لأن بإيقاف الدابة على الطريق صار مسبِّبًا للتلف، وهو متعدٍّ في هذا التسبيب؛ إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه؛ لأن الطريق للسلوك والسير لا للإيقاف، وإن كانت سائرةً ولم يكن صاحبها معها بأن سارت بإرسال صاحبها فصاحبها ضامن مادام السير في وجهها ذلك لم تسر يمينًا ولا شمالًا؛ لأن إرسال الدابة في طريق المسلمين بلا حافظ يحفظها سبب الإتلاف، وهو متعدٍّ في هذا التسبيب، وإن سارت لا بتسيير صاحبها بأن كانت منفلتة فلا ضمان على صاحبها في الوجوه كلها، وإن كان صاحبها معها وهي تسير.

فإن كان صاحبها راكبًا عليها فما وطئت بيدها أو رجلها فصاحبها مباشر للتلف، وفيما كدمت بفمها فصاحبها مسبِّب؛ لأنه يمكن حفظ الدابة عنه؛ لأن الكدم يكون بين عينيه فيمكنه إبعاد الدابة عن المتلَف، إلى آخره، كذا في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ففيما إذا كانت الدابة في طريق العامة لو كانت الدابة سائرة وصاحبها معها قائدًا، أو سائقًا، أو راكبًا، يكون ضامنًا جميع ما جنت إلا النفحة بالرجل أو الذنب.

قلتُ: وبهذا كله يعلم أن ما ذكره في الكتاب مطلقًا **بقوله**: الرَّاكِبُ ضَامِنٌ، إلى أن قال: أَوْ كَدَمَتْ، أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ، محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه؛ لأن هذا الجواب إن استقام في **قوله**: مَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا، لا يستقيم في **قوله**: أَوْ كَدَمَتْ، أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ، فيما إذا كان في ملكه، فإنه لا يضمن في هذه الأشياء إذا كان الراكب مع دابته في ملكه على ما ذكرنا من رواية «الذخيرة»، والمحبوبي.

قوله: وَلا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا أَوْ ذَنَبِهَا، أي: ضربت، وهذا الذي ذكره وهو أن الراكب لا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها مذهبنا، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: هو ضامن لجميع ذلك، وقاسَ الذي يسير على الدابة بالذي وقفَ دابته في الطريق فنفحت برجلها

مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِنْ وَجْهٍ وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنْ وَجْهٍ لِكَوْنِهِ مُشْتَرَكًا بَيْنَ كُلِّ النَّاسِ فَقُلْنَا بِالإِبَاحَةِ مُقَيَّدًا بِمَا ذَكَرْنَا لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الجَانِبَيْنِ، ثُمَّ إِنَّمَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ،

أو بذنبها، فكما أن هناك يجب ضمان الدية على عاقلته فكذلك هاهُنا.

ولكنا نقول في الفرق بينهما: هو ممنوع من إيقاف الدابة على الطريق؛ لأن ذلك يضر بالمارة؛ ولأن الطريق ما أعد لإيقاف الدابة فيها، فيكون هو في شغل الطريق متعديًا والمتعدي في التسبيب يكون ضامنًا، فلهذا يستوي فيه بين ما يمكن التحرز وبين ما لا يمكن، وهذا لأنه إن كان لا يمكنه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب، فقد يمكنه التحرز عن إيقاف الدابة، بخلاف الأول فإن السير على الدابة مباح له؛ لأن الطريق معد لذلك، كذا في «المبسوط».

وقوله: لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِنْ وَجْهٍ وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنْ وَجْهٍ لِكَوْنِهِ مُشْتَرَكًا بَيْنَ كُلِّ النَّاسِ، إلى آخره، جواب لسؤال ذكر هاهُنا، فذكر ذلك السؤال والجواب في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للمحبوبي.

وذكر المحبوبي بعدما ذكر أن الدابة لو كانت في طريق المسلمين، وكان صاحب الدابة قائدًا لها أو راكبًا، يضمن ما أتلفت الدابة بالوطء باليد والرجل أو الكدم؛ لأنه إذا وطئت فهو مباشر، وإذا كدمت فهو مسبِّب لكنه متعدٍّ في هذا التسبيب على ما ذكرنا، فقال:

فإن قيل: هو غير متعدٍّ في هذا التسبيب، فإن له أن يمرَّ في طريق المسلمين كما في ملكه، ولو مرَّ عليها في ملكه فأتلف شيئًا بهذه الوجوه لم يضمن شيئًا، فيجب أن لا يضمن هاهُنا أيضًا.

قلتُ: الطريق يشبه ملكه من حيث أن المرور مباح له فيه، ويشبه ملك الغير من حيث أنه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف، فوفرنا على الشبهين حظهما فيما كان مسببًا للإتلاف، فقلنا: إذا كان شيئًا يمكنه حفظ الدابة والتحرز عنه يعتبر فيه متعديًا، وذلك كالكدم والوطء باليد والرجل في حق القائد والراكب؛ لأن ذلك يكون بين عينيه، فجعل في هذه الأشياء طريق المسلمين ملحقًا بملك الغير، وقلنا: إذا كان شيئًا لا يمكن حفظ الدابة

وَلا يَتَقَيَّدُ بِهَا فِيمَا لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِنَ المَنْعِ عَنِ التَّصَرُّفِ وَسَدِّ بَابِهِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ، وَالِاحْتِرَازُ عَنِ الإِيطَاءِ وَمَا يُضَاهِيهِ مُمْكِنٌ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ التَّيْسِيرِ فَقَيَّدْنَاهُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ عَنْهُ، وَالنَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ وَالذَّنَبِ لَيْسَ يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ مَعَ السَّيْرِ عَلَى الدَّابَّةِ فَلَمْ يَتَقَيَّدْ بِهِ (فَإِنْ أَوْقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ ضَمِنَ النَّفْحَةَ أَيْضًا)؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنِ الإِيقَافِ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ عَنِ النَّفْحَةِ فَصَارَ مُتَعَدِّيًا فِي الإِيقَافِ وَشَغْلِ الطَّرِيقِ بِهِ فَيَضْمَنُهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا حَصَاةً أَوْ نَوَاةً أَوْ أَثَارَتْ غُبَارًا أَوْ حَجَرًا صَغِيرًا

والتحرز عنه لا يعتبر فيه متعديًا، وذلك كالنفحة بالرجل والضرب بالذنب؛ لأن كل ذلك يكون وراء الراكب والقائد، وجعل في حق النفحة والضرب بالذنب في حق الراكب والقائد طريق المسلمين ملحقًا بملكه.

وأمَّا السائق هل يضمن؟ اختلف المشايخ فيه.

قوله: وَلا يَتَقَيَّدُ بِهَا فِيمَا لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِنَ المَنْعِ عَنِ التَّصَرُّفِ، يعني: أنا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه تعذَّر عليه استيفاء حقه؛ لأنه يمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة أن يبتلى بما لا يمكن التحرز عنه، فأمَّا ما يستطاع الامتناع منه لو شرط عليه صفة السلامة من ذلك لا يمتنع عليه استيفاء حقه، وإنما يلزمه به نوع احتياطٍ في الاستيفاء، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالنَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ وَالذَّنَبِ لَيْسَ يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ مَعَ السَّيْرِ عَلَى الدَّابَّةِ؛ لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها.

قوله: فَإِنْ أَوْقَفَهَا، كان من حقه أن يقال: وإن وقفها؛ لأن قولك: وقفَ وقفًا، متعدٍّ ووقفَ وقوفًا لازم، وفي «المغرب» ولا يقال: أوقفه إلا في لغة رديَّة.

فَفَقَأَ عَيْنَ إِنْسَانٍ أَوْ أَفْسَدَ ثَوْبَهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ حَجَرًا كَبِيرًا ضَمِنَ)؛ لِأَنَّهُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، إِذْ سَيْرُ الدَّوَابِّ لا يَعْرَى عَنْهُ، وَفِي الثَّانِي مُمْكِنٌ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنِ السَّيْرِ عَادَةً، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِتَعْنِيفِ الرَّاكِبِ، وَالمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالرَّاكِبِ؛ لِأَنَّ المَعْنَى لا يَخْتَلِفُ.

قَالَ: (فَإِنْ رَاثَتْ أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ وَهِيَ تَسِيرُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ فَلَا يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ (وَكَذَا إِذَا أَوْقَفَهَا لِذَلِكَ)؛ لِأَنَّ مِنَ الدَّوَابِّ مَا لا يَفْعَلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالإِيقَافِ، وَإِنْ أَوْقَفَهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ فَعَطِبَ إِنْسَانٌ بِرَوْثِهَا أَوْ بَوْلِهَا ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا الإِيقَافِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ.

ثُمَّ هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا بِالمَارَّةِ مِنَ السَّيْرِ لِمَا أَنَّهُ أَدْوَمُ مِنْهُ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ.

قوله: وَالمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالرَّاكِبِ؛ - أي: في موجب الجناية - لِأَنَّ المَعْنَى لا يَخْتَلِفُ، وهو معنى المباشرة، وتصرف الدابة في التسيير على ما أراد.

وفي «المبسوط»: والراكب والرديف والسائق والقائد في الضمان سواء؛ لأن الدابة في أيديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤوا، وذلك مرويٌّ عن شريح، إلا أنه لا كفارة على السائق والقائد فيما أوطأت؛ لأنهما مسببان للقتل والكفارة جزاء مباشرة القتل، وأمَّا الراكب والرديف فمباشران للقتل بثقلهما فعليهما الكفارة، كالنائم إذا انقلب على إنسان فقتله.

قوله: لِأَنَّهُ، أي: لأن الإيقاف.

قوله: ثُمَّ هُوَ - أي: الإيقاف - أَكْثَرُ ضَرَرًا بِالمَارَّةِ - أي: - مِنَ السَّيْرِ؛ لِمَا أَنَّهُ - أي: أن الإيقاف - أَدْوَمُ مِنْهُ - أي: من السير - فَلَا يَلْحَقُ بِهِ، أي: فلا يلحق الإيقاف بالسير في عدم وجوب الضمان، بل لا يجب الضمان فيما تلف بالبول أو الروث الذي وجد من الدابة في حالة السير، ويجب الضمان فيما تلف بالبول أو الروث الذي وجد منها في حال الإيقاف؛

(وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا وَالقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ رِجْلِهَا) وَالمُرَادُ النَّفْحَةُ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَإِلَيْهِ مَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ النَّفْحَةَ بِمَرْأَى عَيْنِ السَّائِقِ فَيُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ وَغَائِبٌ عَنْ بَصَرِ القَائِدِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ.

وَقَالَ أَكْثَرُ المَشَايِخِ: إِنَّ السَّائِقَ لا يَضْمَنُ النَّفْحَةَ أَيْضًا وَإِنْ كَانَ يَرَاهَا، إِذْ لَيْسَ عَلَى رِجْلِهَا مَا يَمْنَعُهَا بِهِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الكَدْمِ لِإِمْكَانِهِ كَبْحَهَا بِلِجَامِهَا. وَبِهَذَا يَنْطِقُ أَكْثَرُ النُّسَخِ وَهُوَ الأَصَحُّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُونَ النَّفْحَةَ كُلُّهُمْ؛ لِأَنَّ فِعْلَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِمْ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

ولما ذكر من وجه الفرق بينهما من دوام الإيقاف وعدم دوام السير والضرر إنما ينشأ من دوام الفعل في الطريق، فكان الضرر في الإيقاف لا في السير.

قوله: وَالمُرَادُ النَّفْحَةُ، أي: من قوله: لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا، وإنما قيَّد التفسير بهذا؛ لأنه كان يجوز أن يراد بقوله: لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ رِجْلِهَا، لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا، الوطء.

وقد ذكرتُ من رواية الإمام التمرتاشي أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد، وإنما الاختلاف في النفحة، ولو لم يفسر بِهذا لكان لمؤول أن يؤول ذلك بالوطء، ويثبت به الاختلاف فيه، وليست الرواية كذلك.

قوله: وَإِلَيْهِ مَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ، أي: مشايخ العراق.

قوله: فَيُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ، بإبعاد الدابة عن المتلف، أو إبعاد المتلف عن الدابة.

قوله: وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ، وهم مشايخنا كذا في «الذخيرة».

قوله: وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، معطوف على قوله: (مَا) في: مَا ذَكَرْنَاهُ، أي:

وَالسَّلَامُ - «الرِّجْلُ جُبَارٌ» وَمَعْنَاهُ النَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ، وَانْتِقَالُ الفِعْلِ بِتَخْوِيفِ القَتْلِ كَمَا فِي المُكْرَهِ وَهَذَا تَخْوِيفٌ بِالضَّرْبِ.

قَالَ: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَكُلُّ شَيْءٍ ضَمِنَهُ الرَّاكِبُ ضَمِنَهُ السَّائِقُ وَالقَائِدُ)؛ لِأَنَّهُمَا مُسَبِّبَانِ بِمُبَاشَرَتِهِمَا شَرْطَ التَّلَفِ وَهُوَ تَقْرِيبُ الدَّابَّةِ إِلَى مَكَانِ الجِنَايَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالرَّاكِبِ (إِلَّا أَنَّ عَلَى الرَّاكِبِ الكَفَّارَةَ) فِيمَا أَوْطَأَتْهُ الدَّابَّةُ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا (وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِمَا) وَلَا عَلَى الرَّاكِبِ فِيمَا وَرَاءَ الإِيطَاءِ؛ لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ بِثِقَلِهِ وَثِقَلِ الدَّابَّةِ تَبَعٌ لَهُ؛ لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ مُضَافٌ إِلَيْهِ وَهِيَ آلَةٌ لَهُ وَهُمَا مُسَبِّبَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّصِلُ مِنْهُمَا إِلَى المَحَلِّ شَيْءٌ، وَكَذَا الرَّاكِبُ فِي غَيْرِ الإِيطَاءِ، وَالكَفَّارَةُ حُكْمُ المُبَاشَرَةِ لَا حُكْمُ التَّسَبُّبِ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالإِيطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ وَالوَصِيَّةِ دُونَ

والحجة عليه قوله صلَّى الله عليه وسلَّم.

قوله: جُبَارٌ، أي: هدر.

قوله: وَانْتِقَالُ الفِعْلِ بِتَخْوِيفِ القَتْلِ، هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله وهو قوله: لِأَنَّ فِعْلَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِمْ، قلنا: الإضافة والانتقال إنما تكون في الإكراه الكامل، لا في القاصر، وهذا قاصر فلا ينتقل إليهم.

قوله: ، لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ، والدليل على أنه مباشر من حيث حكم الشرع أن من سارَ على دابته في ملكه فأوطأت إنسانًا بيدٍ أو رجلٍ فقتلته فعليه الدية والكفارة؛ لأن الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته، والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواء في إيجاب الضمان عليه كالرمي، فإن من رمى في ملكه فأصاب إنسانًا كان عليه ضمانه، كذا في «المبسوط».

السَّائِقِ وَالقَائِدِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالمُبَاشَرَةِ.

(وَلَوْ كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ قِيلَ: لا يَضْمَنُ السَّائِقُ مَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ)؛ لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَالسَّائِقُ مُسَبِّبٌ، وَالإِضَافَةُ إِلَى المُبَاشِرِ أَوْلَى. وَقِيلَ: الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ سَبَبُ الضَّمَانِ.

قوله: وَقِيلَ: الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا؛ لأن محمدًا رحمه الله ذكر في «الأصل»: أن الراكب إذا أمر آخر فنخس الدابة، فأوطأت الدابة إنسانًا كان الضمان عليهما، وعلَّل فقال: لأن الناخس سائق والآخر راكب، فقد بيَّن بما ذكر أن الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتركان، ولا يختص به الراكب.

أمَّا الجواب عن القول الأول فهو أن المسبِّب مع المباشر إنما لا يضمن إذا كان السبب شيئًا لا يعمل في الإتلاف متى انفرد عن المباشرة، كما في الحفر فإن الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الدفع الذي هو مباشرة، وإن كان لو لا الحفر لكان لا يتلف بالدفع أيضـًا، لكن الدفع هو الوصف الآخر فيضاف الحكم إليه، كما قالوا في سفينة مملوءة بالطعام: إذا جاء رجل وطرح فيه منًّا زائدًا فغرقت السفينة، كان الضمان على الذي وضع المنّ الزائد، وإن كان لو لا ما تقدم من الأحمال كان لا تغرق السفينة بالمنِّ الزائد، ومع ذلك يضاف الغرق إلى المنِّ الزائد لما ذكرنا.

وأمَّا في مسألتنا فالراكب على الدابة بانفراده عامل في إتلاف ما أوطأت الدابة، من غير أن يكون على الدابة راكب، فلمَّا كان كل واحد منهما عاملًا في الإتلاف عند الانفراد، فإذا اجتمعا لم يجز أن يضاف عمل السوق في الإتلاف إلى الركوب، بل يكون التلف مضافـًا إليهما، فيجب الضمان عليهما نصفين، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

ومن هذا الجنس ما قالوا فيمن ساق دابة، عليها وقر من الحنطة فأتلفت شيئًا في الطريق نفسًا أو مالًا على إنسان، فهو على وجوه:

إمَّا أن قال السائق أو القائد أو الراكب: إليك! إليك! فإن سمع هذه المقالة ولم يذهب

قَالَ: (وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةُ الآخَرِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَةِ الآخَرِ لِمَا رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -؛ وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَاتَ بِفِعْلِهِ وَفِعْلِ صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّهُ بِصَدْمَتِهِ آلَمَ نَفْسَهُ وَصَاحِبَهُ فَيُهْدَرُ نِصْفُهُ وَيُعْتَبَرُ نِصْفُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ الِاصْطِدَامُ عَمْدًا، أَوْ جَرَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفْسَهُ وَصَاحِبَهُ جِرَاحَةً أَوْ حَفَرَا عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ بِئْرًا فَانْهَارَ عَلَيْهِمَا يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ فَكَذَا هَذَا.

وَلَنَا أَنَّ الْمَوْتَ يُضَافُ إِلَى فِعْلِ صَاحِبِهِ لِأَنَّ فِعْلَهُ فِي نَفْسِهِ مُبَاحٌ وَهُوَ الْمَشْيُ فِي

فهو على وجهين:

إمَّا أن لم يبرح من مكانه باختياره، أو لم يجد مكاناً آخر ليذهب فمكثَ في مكانه ذلك حتى تخرق ثيابه، ففي الوجه الأول: لا يضمن صاحب الدابة، وفي الوجه الثانِي: يضمن؛ لأنه مضطر في المقام في ذلك الموضع، وغير مضطر في الوجه الأول.

وإن لم يقل الراكب: إليك! إليك! أو قال ولم يسمع من على الطريق حتى تخرق ثيابه، أو فسد شيء من متاعه، يضمن راكب الدابة؛ لأن التخريق مضاف إلى سوقه فكان موجبًا للضمان، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: اصْطَدَمَ فَارِسَانِ، أي: ضرب أحدهما الآخر بنفسه، وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله: وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ، ليست زيادة فائدة، فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك، الحكم أيضاً ذكره في «المبسوط»، سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين.

ثمَّ ما قلنا جواب الاستحسان، وما قاله زفر والشافعي رحمهما الله جواب القياس، وجه الاستحسان هو ما رُوي عن عليٍّ رضي الله عنه: «أنه جعل دية كل واحدٍ من المصطدمين على عاقلة صاحبه».

الطَّرِيقِ فَلَا يَصْلُحُ مُسْتَنَدًا لِلْإِضَافَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، كَالمَاشِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالبِئْرِ وَوَقَعَ فِيهَا لَا يُهْدَرُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهِ، وَفِعْلُ صَاحِبِهِ وَإِنْ كَانَ مُبَاحًا، لَكِنَّ الفِعْلَ المُبَاحَ فِي غَيْرِهِ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ كَالنَّائِمِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ. وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ أَوْجَبَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلَّ الدِّيَةِ فَتَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ فَرَجَّحْنَا بِمَا ذَكَرْنَا، وَفِيمَا ذُكِرَ مِنَ المَسَائِلِ الفِعْلَانِ مَحْظُورَانِ فَوَضَحَ الفَرْقُ.

قوله: كَالمَاشِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالبِئْرِ وَوَقَعَ فِيهَا لَا يُهْدَرُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهِ، يعني: إذا ماتَ بالوقوع في البئر مع أن البئر في نفسها في قارعة الطريق ليست بسبب لموته، بل البئر مع المشي إليها سبب للموت، والمعنى فيه أيضاً هو أن كل واحد منهما مدفوع بصاحبه، فكأنه أوقعه من الدابة بيده؛ وهذا لأن دفع صاحبه إيَّاه علة معتبرة لإتلافه في الحكم، فأما قوة المصدوم فلا تصلح أن تكون علة معارضة لدفع الصادم، فهو بمنزلة من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على الحافر، وإن كان لو لا مشيه وثقله في نفسه لما هويَ في البئر، وكذلك لو دفع إنسان غيره في بئر حفرها رجل في الطريق فالضمان على الدافع دون الحافر، وإن كان لو لا حفره لذلك الموضع لما تلفَ بدفعه، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: فَتَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ - أي: تساقطت بعد التعارض لانعدام الترجيح - فَرَجَّحْنَا بِمَا ذَكَرْنَا، أي: فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل، أو نقول: ما رُوي أنه أوجب النصف، محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحدٍ منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضًا، على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَفِيمَا ذُكِرَ مِنَ المَسَائِلِ الفِعْلَانِ مَحْظُورَانِ فَوَضَحَ الفَرْقُ، يعني: لمَّا كان الفعل محظورًا كان موجبًا للضمان، ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة، فسقطَ إيجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره، فلذلك وجبَ على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية، وأما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبًا للضمان في حق نفسه أصلًا، فكان صاحبه قاتلًا له من غير معارضة أحدٍ له في قتله، فيجب على عاقلة كل واحدٍ منهما كل

دية صاحبه؛ وذلك لأن المباح المحض لا يصلح معارضًا للمحظور في إيجاب الضمان، وإن كان لا يوجد التلف إلا بهما، كما لو مات في بئر حفرها غيره في قارعة الطريق حيث تجب الدية على الحافر، وإن كان الموت حصل بالمباح والمحظور وهما: المشيُ، وحفرُ البئر على قارعة الطريق، وإلى هذا المعنى أشار في «الأسرار» وقال:

والتلف بالصدمة لا بالمشي، والمشيُ كان سببًا للصدمة، ولكن لم يضف التلف إلى السبب المباح بل أضيف إلى التعدي، كمن مشى حتى سقط في بئر ضمن الحافر دون الماشي، والسقوط كان بالأمرين جميعًا، بل بالمشي أكثر، حتى لو علم بالبئر ومشى كان تعديًا ولم يكن على الحافر شيء، ومع ذلك إذا لم يعلم كان مباحًا لم يضف إليه شيء من التلف، فهذا مثله.

بخلاف ما إذا جرح نفسه وجرحه غيره؛ لأن جرحَه غيرُهُ تعدٍّ وإن كان لا يضمن لنفسه شيئًا؛ لأنه حرام عليه ذلك إلا بشرط الصلاح من ختانٍ أو فَصْد، فإذا عدم الصلاح عادَ إلى كونه تعديًا، وإن لم يأثم إذا قصد الصلاح كالمخطئ.

فإن قلتَ: يشكل على هذا كله ما إذا تجاذب الرجلان حبلًا بينهما، فانقطع الحبل وسقط كل واحدٍ منهما على قفاه وماتَ، فلا شيء على واحدٍ منهما، وبمثله في هذه الصورة لو وقع كل واحد منهما على وجهه وماتَ يجب دية كل واحد منهما كاملة على عاقلة الآخر، وتجاذب الحبل منهما لا يخلو: إمَّا أن كان محظورًا أو مباحًا، فلو كان محظورًا كان ينبغي أن يجبَ على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه، كما في المسائل التي أوردها الخصم، ولو كان مباحًا كان فعل كل واحد منهما مباحًا لم يعارضه محظور، فحينئذٍ لا بدَّ أن يكون مقيدًا بشرط السلامة؛ لأن تركَ التجاذب في وسعهما، بخلاف نفحة الدابة وضربها بذنبها في حق الراكب على ما مرَّ، فحينئذٍ يجب أيضًا نصف دية كل واحد منهما على عاقلة صاحبه، فعدم إيجاب الضمان في الصورة الأولى، وإيجاب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد منهما كان مناقضًا لهذه الأصول التي ذكر في «الكتاب»، و«الأسرار»، فما وجهه؟

قلتُ: وجهه هو أنه لمَّا وقع كل واحدٍ منهما على وجهه في الصورة الثانية علم أنَّها إنما

هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي العَمْدِ وَالخَطَإِ، وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ يَهْدُرُ الدَّمُ فِي الخَطَإِ لِأَنَّ الجِنَايَةَ تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ دَفْعًا وَفِدَاءً، وَقَدْ فَاتَتْ لَا إِلَى خُلْفٍ مِنْ غَيْرِ فِعْلِ المَوْلَى فَهُدِرَ ضَرُورَةً، وَكَذَا فِي العَمْدِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هَلَكَ بَعْدَمَا جَنَى

وقع على وجهه بجذب صاحبه إيَّاه، فكان موت كل واحد منهما بفعل صاحبه لا بفعل نفسه، فتجب كل دية كل واحدٍ منهما على عاقلة صاحبه كما هو مذهبنا في المصطدمين، إلا أن في المصطدمين أحدهما تعدٍّ وهو الصدمة، والآخر مباح وهو المشي، فلم يظهر المباح بمقابلة التعدي فأضيف الحكم إلى التعدي لا إلى المباح، فلذلك وجبَ على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه كاملة، وفي مسألة انقطاع الحبل إذا ماتَ كل واحد منهما بالوقوع على وجهه كان موته بفعل صاحبه من غير أن يوجد فعل من الميت في حق نفسه أصلًا، فلذلك وجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه كاملة.

بخلاف ما إذا وقع كل واحد منهما على قفاه عند الانقطاع، حيث لا يجب على كل واحدٍ منهما شيء؛ لأن سقوطه على قفاه بقوة نفسه لا بجذب صاحبه، فكان كل واحد منهما قاتلًا نفسه من غير مزاحمة صاحبه، فلا يجب على صاحب كل واحد منهما شيء؛ لأنه لم يقتله حتى لو وقعا مختلفين بأن سقطَ أحدهما على وجهه والآخر على قفاه فدية الساقط على وجهه على عاقلة صاحبه، ولو قطع إنسان الحبل بينهما فسقطَ كل واحد منهما على قفاه فماتَ فديتهما على عاقلة القاطع للحبل؛ لأنه صار كالدافع لكل واحدٍ منهما، هذا ممَّا أشار إليه في «المبسوط».

وذكر في الفصل الثامن عشر من جنايات «الذخيرة»: وإن قطع إنسان الحبل فوقعا على وجوههما ففي نسخة: لا يكون هذا من قطع الحبل، وفي نسخة يكون هذا من قطع الحبل.

قوله: هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي العَمْدِ وَالخَطَإِ، أي: يختص نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما، وفي الخطإ تجب الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب، خلا أنه ذكر الخطأ في وضع المسألة، والعمد في بيان قول الخصم.

قوله: وَكَذَا فِي العَمْدِ، إلا أن العمد هنا بمنزلة الخطإ؛ لأنه شبه العمد.

وَلَمْ يَخْلُفْ بَدَلًا، وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالآخَرُ عَبْدًا فَفِي الخَطَإِ تَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الحُرِّ المَقْتُولِ قِيمَةُ العَبْدِ فَيَأْخُذُهَا وَرَثَةُ المَقْتُولِ الحُرِّ، وَيَبْطُلُ حَقُّ الحُرِّ المَقْتُولِ فِي الدِّيَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى القِيمَةِ؛ لِأَنَّ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَجِبُ القِيمَةُ عَلَى العَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ الآدَمِيِّ فَقَدْ أَخْلَفَ بَدَلًا بِهَذَا القَدْرِ فَيَأْخُذُهُ وَرَثَةُ الحُرِّ المَقْتُولِ وَيَبْطُلُ مَا زَادَ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الخُلْفِ، وَفِي العَمْدِ يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الحُرِّ نِصْفُ قِيمَةِ العَبْدِ؛ لِأَنَّ المَضْمُونَ هُوَ النِّصْفُ فِي العَمْدِ، وَهَذَا القَدْرُ يَأْخُذُهُ وَلِيُّ المَقْتُولِ، وَمَا عَلَى العَبْدِ فِي رَقَبَتِهِ وَهُوَ نِصْفُ دِيَةِ الحُرِّ يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ إِلَّا قَدْرَ مَا أَخْلَفَ مِنَ البَدَلِ وَهُوَ نِصْفُ القِيمَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ سَاقَ دَابَّةً فَوَقَعَ السَّرْجُ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ ضَمِنَ، وَكَذَا عَلَى هَذَا سَائِرُ أَدَوَاتِهِ كَاللِّجَامِ وَنَحْوِهِ، وَكَذَا مَا يَحْمِلُ عَلَيْهَا)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ؛ لِأَنَّ الوُقُوعَ بِتَقْصِيرٍ مِنْهُ وَهُوَ تَرْكُ الشَّدِّ أَوِ الإِحْكَامِ فِيهِ، بِخِلَافِ الرِّدَاءِ؛ لِأَنَّهُ لا يُشَدُّ

قوله: فَفِي الخَطَإِ تَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الحُرِّ المَقْتُولِ قِيمَةُ العَبْدِ؛ لأن كل واحد منهما صار قاتلًا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد، ثم قد تلف العبد الجاني وأخلف بدلًا فيكون بدله لورثة المجنى عليه وهو الحر؛ لأن المضمون هو النصف في العمد لما ذكر في بيان قول الخصم، وهو أنه آلم نفسَه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه.

قوله: فَوَقَعَ السَّرْجُ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ ضَمِنَ؛ لأن ذلك ممَّا يمكن التحرز عنه، وإنما يسقط عنه؛ لأنه لم يشده عليها أو لم يحكم، فكأنه ألقاه بيده على الطريق.

قوله: بِخِلَافِ الرِّدَاءِ، يعني: إذا كان لابسًا رداء فسقطَ عنه وعطب به إنسان أو غيره لا ضمان عليه؛ لأن اللباس تبع اللابس، ولو تعثر اللابس فسقطَ على الطريق ثم تعثر به إنسان لم يكن ضامنًا له، وكذا إذا سقطَ رداؤه أو منديله لمعنًى، وهو أن الإنسان لا يقصد حفظ

فِي العَادَةِ؛ وَلِأَنَّهُ قَاصِدٌ لِحِفْظِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ كَمَا فِي المَحْمُولِ عَلَى عَاتِقِهِ دُونَ اللِّبَاسِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَيُقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَادَ قِطَارًا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَ)، فَإِنْ وَطِئَ بَعِيرٌ إِنْسَانًا ضَمِنَ بِهِ القَائِدُ وَالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ القَائِدَ عَلَيْهِ حِفْظُ القِطَارِ كَالسَّائِقِ وَقَدْ أَمْكَنَهُ ذَلِكَ وَقَدْ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِالتَّقْصِيرِ فِيهِ، وَالتَّسَبُّبِ بِوَصْفِ التَّعَدِّي سَبَبٌ لِلضَّمَانِ، إِلَّا أَنَّ ضَمَانَ النَّفْسِ عَلَى العَاقِلَةِ فِيهِ وَضَمَانُ المَالِ فِي مَالِهِ (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا)؛ لِأَنَّ قَائِدَ الوَاحِدِ قَائِدٌ لِلْكُلِّ، وَكَذَا سَائِقُهُ لِاتِّصَالِ الأَزِمَّةِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ السَّائِقُ فِي جَانِبٍ مِنَ الإِبِلِ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَوَسَّطَهَا وَأَخَذَ بِزِمَامٍ وَاحِدٍ يَضْمَنُ مَا عَطِبَ

اللباس ولا يمكنه أن يمشيَ عريانًا، وما لا يستطاع الامتناع منه يجعل عفوًا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي: في باب ما يحدثه الرجل في الطريق.

القطار: الإبل تقطر على نسقٍ واحدٍ، والجمع قطر.

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَ السَّائِقُ فِي جَانِبٍ مِنَ الإِبِلِ، أي: وهو الذي يمشي في وسط القطار، ويمشي في جانب من القطار، لا يتقدم ولا يتأخر، ولا يأخذ بزمام بعير يقود ما خلفه، وأمّا إذا كان الذي في وسط القطار آخذًا بزمام بعير يقود ما خلفه، ولا يسوق ما خلفه، فما أصاب ممّا خلف هذا الذي في وسط القطار فلا ضمانَ فيه على القائد الأول، وإنما الضمان فيه على هذا وما أصابَ ممّا قبل هذا الذي في وسط القطار فضمان ذلك على القائد الأول، ولا شيء فيه على هذا الذي في وسط القطار؛ لأنه ليس بقائدٍ لما قبله ولا سائق، حتى أنه لو كان سائقًا له يشارك الأول في الضمان، كذا في «المغني».

قوله: فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا، أي: على القائد والسائق؛ لأن القائد يقرب للإبل ممّا أصاب

بِمَا هُوَ خَلْفَهُ، وَيَضْمَنَانِ مَا تَلِفَ بِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ؛ لِأَنَّ القَائِدَ لا يَقُودُ مَا خَلْفَ السَّائِقِ لِانْفِصَامِ الزِّمَامِ، وَالسَّائِقُ يَسُوقُ مَا يَكُونُ قُدَّامَهُ.

قَالَ: (وَإِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَى القِطَارِ وَالقَائِدُ لا يَعْلَمُ فَوَطِئَ المَرْبُوطُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ فَعَلَى عَاقِلَةِ القَائِدِ الدِّيَةُ)؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ صِيَانَةُ القِطَارِ عَنْ رَبْطِ غَيْرِهِ، فَإِذَا تَرَكَ الصِّيَانَةَ صَارَ مُتَعَدِّيًا، وَفِي التَّسْبِيبِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ كَمَا فِي القَتْلِ الخَطَإِ (ثُمَّ يَرْجِعُونَ

بالصدمة أو غير ذلك، وكذلك السائق يقرب من ذلك فيشتركان في الضمان لاستوائهما في التسبيب، وإن كان معهما سائق الإبل وسط القطار فالضمان في جميع ذلك عليهم أثلاثًا؛ لأن الذي هو وسط القطار سائق لما بين يديه من الإبل قائد لما خلفه، والقائد والسائق في حكم الضمان سواءٌ، وكذلك إن كان يكون أحياناً وسطها وأحيانًا يتقدم وأحيانًا يتأخر؛ لأنه في جميع الأحوال سائق للقطار أو قائد.

ولو كان رجل راكبًا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئًا، لم يضمن ممَّا تصيب الإبل التي بين يديه؛ لأنه ليس بسائق لما بين يديه، ولكن هو معهم في الضمان فيما أصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه، أمَّا في البعير الذي هو عليه؛ لأنه راكب، وأمَّا فيما خلفه؛ فلأنه قائد لما خلفه؛ لأن زمام ما خلفه مربوط ببعيره، وقال بعض المتأخرين: هذا إذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده، وأمَّا إذا كان هو نائمًا على بعيره أو قاعدًا لا يفعل شيئًا يكون به قائدًا لما خلفه فلا ضمان عليه في ذلك، وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالقَائِدُ لا يَعْلَمُ، قيَّد به ليبني عليه قوله: ثُمَّ يَرْجِعُونَ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ، أي: على عاقلة القائد يرجعون على عاقلة الرابط فيما إذا لم يعلم القائد رباط الرابط، وأمَّا إذا علم فلا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط، وحاصله: أن جهل القائد بالربط لا ينفي ابتداءً وجوب الضمان عنه، لوجوب الإتلاف منه وإن كان جاهلًا والجهل يزيل الإثم دون الضمان، كالنائم إذا انقلب على إنسان فأتلفه.

بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَهُمْ فِي هَذِهِ العُهْدَةِ، وَإِنَّمَا لا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الِابْتِدَاءِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ؛ لِأَنَّ الرَّبْطَ مِنَ القَوْدِ بِمَنْزِلَةِ التَّسَبُّبِ مِنَ المُبَاشَرَةِ لِاتِّصَالِ التَّلَفِ بِالقَوْدِ دُونَ الرَّبْطِ،

وقال في «المبسوط»: وإذا أتى الرجل ببعير وربطه إلى القطار والقائد لا يعلم وليس معها سائق، فأصاب ذلك البعير إنسانًا ضمن القائد؛ لأنه قائد لذلك البعير والقود سبب لوجوب الضمان، ومع تحقق سبب وجوب الضمان منه لا يسقط الضمان بجهله، ثم يرجع القائد على الذي ربط البعير بذلك الضمان؛ لأنه هو الذي ألزمه ذلك الضمان حين ربط البعير بقطاره، فجعل في «الجامع الصغير» ابتداء الوجوب على عاقلة القائد، ثم هم يرجعون به على عاقلة الرابط كما هو المذكور في الكتاب، وجعل في «المبسوط» ابتداءً وجوب الضمان على القائد، ثم يرجع القائد به على الرابط على ما حكينا.

ووفَّق الإمام المحبوبي رحمه الله بينهما فقال: وإنما اختلف الجواب فيهما باعتبار أن على رواية الديات اعتبره حقيقة الضمان، فإن حقيقة الضمان على القائد والرابط، غير أن العواقل تتحمل عنهما، واعتبر هاهُنا - أي: في «الجامع الصغير» - حاصل الضمان وقراره وهو وجوبه على العاقلة، هذا إذا لم يعلم، أمَّا إذا علم القائد بالربط لم يرجعوا؛ لأن القائد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان، فلا يرجعون عليهم بشيء.

قوله: وَإِنَّمَا لا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الِابْتِدَاءِ، أي: على القائد والرابط ابتداءً بطريق الشركة من غير أن يقدم القائد على الرابط في الضمان؛ إذ كُلٌّ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ، أي: مع أن كلًّا منهما مسبِّب وهذا يوجب الاشتراك في الضمان.

وقوله: لِأَنَّ الرَّبْطَ مِنَ القِيَادَةِ بِمَنْزِلَةِ التَّسَبُّبِ مِنَ المُبَاشَرَةِ، جواب لقوله: وَإِنَّمَا لا يَجِبُ الضَّمَانُ، يعني: أن القيادة بمنزلة المباشرة حكمًا، والربط بمنزلة التسبيب، فلا شك أن المباشرة أقوى في إضافة الحكم إليها دون التسبيب؛ لما عرف في الحافر مع الدافع، ولمَّا كان القائد بمنزلة المباشرة وجبَ الضمان على عاقلته ابتداءً دون عاقلة الرابط لذلك

قَالُوا: هَذَا إِذَا رَبَطَ وَالقِطَارُ يَسِيرُ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ بِالقَوْدِ دَلالَةً، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لا يُمْكِنُهُ التَّحَفُّظُ مِنْ ذَلِكَ فَيَكُونُ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّابِطِ، أَمَّا إِذَا رَبَطَ وَالإِبِلُ قِيَامٌ ثُمَّ قَادَهَا ضَمِنَهَا القَائِدُ؛ لِأَنَّهُ قَادَ بَعِيرَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لا صَرِيحًا وَلا دَلالَةً فَلا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً وَكَانَ لَهَا سَائِقًا فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا يَضْمَنُهُ)؛ لِأَنَّ الفِعْلَ

ثم رجعوا به عليهم، فكانت قوة المباشرة هاهُنا في حق التقدم لا في حق قرار الضمان؛ لأن القائد مغرور من جانب الرابط بسبب جهله بربطه، مع أن له حكم المباشرة لا حقيقتها، فلذلك قدم القائد في وجوب الضمان على عاقلته لا في قراره، حيث عملت المباشرة في التقديم، والغرور في نفي القرار.

قوله: قَالُوا: هَذَا إِذَا رَبَطَ وَالقِطَارُ يَسِيرُ، يعني: أن عاقلة القائد يرجعون على عاقلة الرابط إذا لم يعلم القائد بربطه فيما إذا كان القطار يسير، ولو كان الرابط حالة الوقوف لا يرجعون، مع أن لفظ «الجامع الصغير» مطلق غير متعرض للسير ولا للوقوف.

وقال الإمام المحبوبي: قال الإمام الزاهد أبو محمد عبد الرحمن، وشمس الأئمة الحلوانِي رحمهما الله: وهذا إذا ربط الجمل والإبل تسير، فإن ربطه والإبل واقفة ثم قادَ القائد الإبل لا شيء على الرابط؛ لأن ربطه الجمل بالقطار جناية وأنَّها واقفة في الطريق، وحين سار بها القائد فقد زالت هذه الجناية بقود القائد فيبرأ عن موجبها، كمن وضع حجرًا على قارعة الطريق ثم جاء إنسان وحول الحجر من ذلك الموضع إلى موضع آخر، لم يكن على الواضع الأول شيء إن تعقل به إنسان؛ لأن وضعه الحجر جناية لكن لمَّا حوله غيره من مكانه زالت جنايته بفعل الواضع الثانِي فيبرأ الأول، كذا هاهُنا.

قوله: ضَمِنَهَا القَائِدُ، أي: ضمنها القائد بلا رجوع على أحدٍ.

قوله: وَمَنْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً - يريد بها كلبًا - وَكَانَ لَهَا سَائِقًا، أراد بالسوق أن يمشي خلفه.

انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ السَّوْقِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَرْسَلَ طَيْرًا وَسَاقَهُ فَأَصَابَ فِي فَوْرِهِ لَمْ يَضْمَنْ) وَالفَرْقُ أَنَّ بَدَنَ البَهِيمَةِ يَحْتَمِلُ السَّوْقَ فَاعْتُبِرَ سَوْقُهُ وَالطَّيْرُ لا يَحْتَمِلُ السَّوْقَ فَصَارَ وُجُودُ السَّوْقِ وَعَدَمِهِ بِمَنْزِلَةٍ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَوْ أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ حَلَّ. وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ البَهِيمَةَ مُخْتَارَةٌ فِي فِعْلِهَا

قوله: وَلَوْ أَرْسَلَ طَيْرًا، وفي بعض نسخ «الجامع الصغير»: ولو أرسل بازيًا فأصاب في فوره لم يضمن، حتى أن البازي إذا قتل صيدًا مملوكًا حل له ذلك إذا كان البازي معلمًا، ولا يضمن الذي أرسله؛ لأنه لا يعتبر بسوق البازي ولا لإرساله في الضمان، ولهذا لو أدخل رجل بازيًا في الحرم، أو صقرًا، أو أرسله فجعل يقتل حمام الحرم إنه لا يلزمه شيء؛ لما قلنا أن البازي لا يحتمل السوق.

قوله: وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا لَمْ يَضْمَنْ، يعني: وإن كان أصاب الكلب شيئًا في فور الإرسال لا يضمن المرسل، بخلاف الدابة، حتى قالوا: إذا أرسل كلبًا أو دابة فأصابَ في فوره شيئًا يضمن في الدابة دون الكلب والطير، هذا كله ممّا ذكره فخر الإسلام، وصاحب «الذخيرة»، والمحبوبي رحمهم الله.

ثم ذكر الإمام المحبوبي: وذكر الفقيه أبو الليث: رجل أرسل بهيمة ولم يكن سائقًا، يعني: فأصابَ في فوره إنسانًا فالذي أرسلها ضامن؛ لأنه إذا أرسلها فما دامت في فوره فهو في الحكم كأنه سائق لما خلفها، قال الصدر الشهيد في شرح هذا الكتاب: وعليه الفتوى.

رجل له كلب عقور كلما مرَّ عليه شيء عضه، فلأهل القرية أن يقتلوا هذا الكلب، فإن عضَّ هل يجب الضمان على صاحبه؟ إن لم يتقدموا إليه قبل العض لا ضمان عليه، وإن كانوا تقدموا إلى صاحب الكلب فعليه الضمان، بمنزلة الحائط المائل.

وفي «المنتقى»: لو طرحَ رجل غيره قدام أسدٍ أو سبعٍ فقتله السبع، فليس على الطارح

وَلا تَصْلُحُ نَائِبَةً عَنِ الْمُرْسِلِ فَلا يُضَافُ فِعْلُهَا إِلَى غَيْرِهَا، هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ، إِلَّا أَنَّ الحَاجَةَ مَسَّتْ فِي الِاصْطِيَادِ فَأُضِيفَ إِلَى الْمُرْسِلِ؛ لِأَنَّ الِاصْطِيَادَ مَشْرُوعٌ وَلَا طَرِيقَ لَهُ سِوَاهُ وَلَا حَاجَةَ فِي حَقِّ ضَمَانِ العُدْوَانِ. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَوْجَبَ الضَّمَانَ فِي هَذَا كُلِّهِ احْتِيَاطًا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ: إِذَا أَرْسَلَ دَابَّةً فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا فَالمُرْسِلُ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّ سَيْرَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِ مَا دَامَتْ تَسِيرُ عَلَى سَنَنِهَا، وَلَوِ انْعَطَفَتْ يَمْنَةً أَوْ يَسْرَةً انْقَطَعَ حُكْمُ الإِرْسَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ آخَرُ سِوَاهُ وَكَذَا إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الإِرْسَالِ فِي الِاصْطِيَادِ ثُمَّ سَارَتْ فَأَخَذَتِ الصَّيْدَ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الوَقْفَةَ تَحَقُّقُ مَقْصُودِ المُرْسِلِ؛ لِأَنَّهُ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الصَّيْدِ،

قود ولا دية، ولكن يعزر ويضرب وجيعاً ويحبس حتى يتوب، وقال أبو يوسف رحمه الله: أمّا أنا فأرى أن يحبس أبدًا حتى يموت.

قوله: انْقَطَعَ حُكْمُ الإِرْسَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ آخَرُ سِوَاهُ، أي: إلا إذا لم يكن لسير الدابة طريق آخر سوى طريق اليمنة أو اليسرة، بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذٍ لا ينقطع حكم الإرسال أيضاً، كما لو انعطف يمنةً أو يسرةً.

قوله: وَكَذَا إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ - أي: ينقطع حكم الإرسال - بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الإِرْسَالِ فِي الِاصْطِيَادِ، أي: إذا وقفت الدابة، والمراد بها الكلب المعلم وأمثاله، فإن هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الإرسال حتى حلَّ ما قتله من الصيود، ولو انقطع حكم الإرسال لما حلَّ كما لو قتله هو بنفسه من غير إرسال، فلمّا كانت وقفة الكلب تحقق مقصود المرسل الذي هو آخذ الصيد كالسير، كان لهذه الوقفة حكم السير فلم ينقطع حكم الإرسال لذلك.

وَهَذِهِ تُنَافِي مَقْصُودَ الْمُرْسِلِ وَهُوَ السَّيْرُ فَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الإِرْسَالِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ نَفْسًا أَوْ مَالًا فِي فَوْرِهِ لا يَضْمَنُهُ مَنْ أَرْسَلَهُ، وَفِي الإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ يَضْمَنُهُ؛ لِأَنَّ شَغْلَ الطَّرِيقِ تَعَدٍّ فَيَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ، أَمَّا الإِرْسَالُ لِلِاصْطِيَادِ فَمُبَاحٌ وَلا تَسْبِيبَ إِلَّا بِوَصْفِ التَّعَدِّي.

قَالَ: (وَلَوْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَى فَوْرِهِ ضَمِنَ الْمُرْسِلُ، وَإِنْ مَالَتْ يَمِينًا أَوْ شِمَالًا) وَلَهُ طَرِيقٌ آخَرُ لا يَضْمَنُ لِمَا مَرَّ، وَلَوِ انْفَلَتَتِ الدَّابَّةُ فَأَصَابَتْ مَالًا أَوْ آدَمِيًّا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا (لا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

قوله: وَهَذِهِ تُنَافِي مَقْصُودَ الْمُرْسِلِ، أي: هذه الوقفة التي هي وفق الدابة، والمراد بها الفرس أو البقر وأمثالهما، أو إرسال الكلب لا للاصطياد ينافي مقصود المرسل الذي هو السير، فإن مقصود المرسل من إرسال الدابة هو السير لا الوقوف، فكانت الوقفتان على طرفي نقيض من تحقيق مقصود المرسل ومنافاته، فاختلف حكمهما لذلك.

وقوله: وَبِخِلَافِ، معطوف على قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ؛ لأن حكمها يخالف لحكم أصل المسألة.

ثم في قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ، إلى آخره، يذكر الفرق بين الإرسالين كما أنه في قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ، ذكر الفرق بين الوقفتين.

وذكر في «الذخيرة» وجه الفرق بين الإرسالين فقال: والفرق بين إرسال الدابة وبين الكلب والبازي هو أن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع، تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونًا عليه، فأمَّا إرسال الكلب والبازي من غير اتباع معه ليس بتعد منه؛ لأنه لا يمكنه الاتباع، والمسبب في الإتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعديًا.

قوله: فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَى فَوْرِهِ، أي: فور الإرسال، والمراد بفور الإرسال هو أن لا تميل

«جُرْحُ العَجْمَاءِ جُبَارٌ» وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: هِيَ المُنْفَلِتَةُ؛ وَلِأَنَّ الفِعْلَ غَيْرُ مُضَافٍ إِلَيْهِ لِعَدَمِ مَا يُوجِبُ النِّسْبَةَ إِلَيْهِ مِنَ الإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ.

قَالَ: (شَاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَتْ عَيْنُهَا فَفِيهَا مَا نَقَصَهَا)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهَا هُوَ اللَّحْمُ فَلَا يُعْتَبَرُ إِلَّا النُّقْصَانُ (وَفِي عَيْنِ بَقَرَةِ الجَزَّارِ وَجَزُورِهِ رُبْعُ القِيمَةِ، وَكَذَا فِي عَيْنِ الحِمَارِ وَالبَغْلِ وَالفَرَسِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِ النُّقْصَانُ أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالشَّاةِ.

وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَضَى فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ القِيمَةِ»

يمينًا وشمالًا.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: هِيَ المُنْفَلِتَةُ، أي: العجماء التي أهدر النبي صلَّى الله عليه وسلَّم فعلها هي المنفلتة، لا الدابة التي أرسلت، فإن إفساد الدابة المرسلة إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار، وإنما ذكر هذا التفسير لئلا يجري الحديث على عمومه.

قوله: مِنَ الإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ، وهي السوق، والقود، والركوب.

كان من حق اللفظ أن يقول: من الإرسال وأمثاله، أو يقول: من الإرسال وأخواتها، بتأويل الكلمة؛ إذ السوق أو القود لمَّا كان أختًا لا أخًا للإرسال كان الإرسال أختًا أيضًا، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أخًا وبعضها أختًا من غير دليل.

الجزر: القطع، ومنه جزر الجزور نحرها، الجزور: هي ما أعد من الإبل للنحر، يقع على الذكر والأنثى، وهي تؤنث، كذا في «الصحاح» وغيره.

قوله: وَفِي عَيْنِ بَقَرَةِ الجَزَّارِ وَجَزُورِهِ رُبْعُ القِيمَةِ، وإنما وضع المسألة على هذا الوجه أعني: لم يقل في عين البقرة أو البعير مطلقًا، ليتبين أن لإبلَ والبقرَ وإن أُعدًّا للحم كما في الشاة لا يختلف الجواب فيها، بل سواء كانا معدين للحم، أو للحرث، والحمل، والركوب، ففيه ربع القيمة، كما في الذي لا يؤكل لحمه كالحمار والبغل، إلى هذا أشار فخر الإسلام.

وَهَكَذَا قَضَى عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -؛ وَلِأَنَّ فِيهَا مَقَاصِدَ سِوَى اللَّحْمِ كَالحَمْلِ وَالرُّكُوبِ وَالزِّينَةِ وَالجَمَالِ وَالعَمَلِ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ تُشْبِهُ الآدَمِيَّ وَقَدْ تُمْسَكُ لِلْأَكْلِ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ تُشْبِهُ المَأْكُولاتِ فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ بِشَبَهِ الآدَمِيِّ فِي إيجَابِ الرُّبْعِ وَبِالشَّبَهِ الآخَرِ فِي نَفْيِ النِّصْفِ؛ وَلِأَنَّهُ إنَّمَا يُمْكِنُ إقَامَةُ العَمَلِ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَعْيُنٍ عَيْنَاهَا وَعَيْنَا المُسْتَعْمِلِ فَكَأَنَّهَا ذَاتُ أَعْيُنٍ أَرْبَعَةٍ فَيَجِبُ الرُّبْعُ بِفَوَاتِ إحْدَاهَا.

قوله: وَلِأَنَّهُ إنَّمَا يُمْكِنُ إقَامَةُ العَمَلِ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَعْيُنٍ، إلى آخره، والمعتمد في هذا هو التعليل الأول، ألا ترى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة، كذا ذكره فخر الإسلام.

وإنما قال: إن العينين لا يضمنان بنصف القيمة؛ لأنه ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله بقوله: وقيل: لو فقأ الأخرى أو فقأهما معاً تجب القيمة إن سلم الجثة.

وفي «جامع بكر» رحمه الله: فقأ عيني الدابة فصاحبها إن شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة، وإن شاء أمسكها وضمنه النقصان؛ وهذا لأن المعمول في هذا الباب النص، والنص وردَ في عين واحدة فيقتصر عليه.

وأمَّا الجواب عن الشاة فهو أن الشاة لا تعمل بل ينتفع بها كما ينتفع بالأمتعة، فضمنت بالنقصان من غير تقدير.

وإنما قلنا: إنَّ فقأ العين في الشاة نقصان وليس باستهلاك؛ لأن المقصود من الشاة اللحم، ولا يفوت شيء منه بفقإ العين وهو عيبٌ يسير فيلزمه نقصان المالية، بخلاف ما ذكرنا من البهائم، فإنَّها عاملة كبني آدم لكنها لا تعمل إلا بغيرها، فأشبه الإنسان من حيث العمل وأشبه الشاة من حيث اللحم، فوجب تنصيف التقدير الواجب في الإنسان وهو ربع القيمة في إحدى العينين؛ لأن في الإنسان فيها نصف الدية فيجب في البهائم فيها نصف النصف وهو ربع القيمة؛ إذ القيمة فيها جارية مجرى الدية في الإنسان.

نخس الدابة نخساً: من باب منعَ، إذا طعنها بعود أو نحوه، ومنه نخاس الدواب: دلالها.

قَالَ: (وَمَنْ سَارَ عَلَى دَابَّةٍ فِي الطَّرِيقِ فَضَرَبَهَا رَجُلٌ أَوْ نَخَسَهَا فَنَفَحَتْ رَجُلًا أَوْ ضَرَبَتْهُ بِيَدِهَا أَوْ نَفَرَتْ فَصَدَمَتْهُ فَقَتَلَتْهُ كَانَ ذَلِكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -؛ وَلِأَنَّ الرَّاكِبَ وَالْمَرْكَبَ

قوله: وَمَنْ سَارَ عَلَى دَابَّةٍ، إلى أن قال: كَانَ ذَلِكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ، يعني: إذا نخسها بغير إذن الراكب.

فإن قلتَ: القياس يقتضي أن ينقلب الحكم وهو أن يجب على الراكب دون الناخس؛ لأن الراكب مباشر والناسخ مسبِّب، ألا ترى أن حرمان الإرث والوصية ووجوب الكفارة أحكام مرتبة على المباشر، وذلك يثبت في حق الراكب دون غيره ممَّن باشر السبب من السوق، والقود، والإرسال، فلو لم ينقلب الحكم ينبغي أن لا يكون حكم المباشرة هنا أقل من التسبيب، بل يشتركان فيه.

ولا يتخلص عن هذا السؤال: بأن الراكب غير مُتعدٍّ والناخس متعدٍّ؛ لما أنه لا يشترط التعدي في حق المباشر في وجوب الضمان إنما ذلك في حق المسبِّب، ألا ترى أن النائم إذا انقلب على إنسان فقتله، أو على مال إنسان فأتلفه يجب الضمان، والنائم لا يوصف بالتعدي، وكذلك الرامي في ملكه يجب عليه الضمان إذا أتلفَ برميه إنسانًا، أو مالًا وهو متصرف في ملكه.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن جواب هذا مندرج في تعليل الكتاب بقوله: وَلِأَنَّ الرَّاكِبَ وَالْمَرْكَبَ مَدْفُوعَانِ بِدَفْعِ النَّاخِسِ فَأُضِيفَ فِعْلُ الدَّابَّةِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِيَدِهِ، وتفسير هذا الجواب ما أشار إليه في «الذخيرة» فقال:

إن الراكب وإن كان مباشرًا إلا أنه مدفوع إلى ذلك غير مختار؛ لأن الدابة هي التي وثبت فصار فعل الراكب منقولًا إلى الدابة، وإذا كان فعله منقولًا إليها لم يكن الراكب مباشرًا؛ لأن المباشر إذا كان مضطرًا في مباشرته لا تعتبر مباشرته أصلًا، فكان وجود الفعل منه بمنزلة وجود الفعل من الآلة التي هي الجماد، كما في الإكراه الكامل حيث ينتقل الفعل

مَدْفُوعَانِ بِدَفْعِ النَّاخِسِ فَأُضِيفَ فِعْلُ الدَّابَّةِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِيَدِهِ، وَلِأَنَّ النَّاخِسَ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ وَالرَّاكِبُ فِي فِعْلِهِ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ فِي التَّغْرِيمِ لِلتَّعَدِّي، حَتَّى لَوْ كَانَ وَاقِفًا دَابَّتَهُ عَلَى الطَّرِيقِ يَكُونُ الضَّمَانُ عَلَى الرَّاكِبِ وَالنَّاخِسِ نِصْفَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي الإِيقَافِ أَيْضًا.

من المكره إلى الذي أكرهه، ولا يكون للمكره فعل أصلًا، فكذلك هاهُنا جعل فعل الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معًا على ما فعلت الدابة، فلا يكون للراكب فعل أصلًا، ولمَّا كان كذلك تعذر إيجاب الضمان هنا على الراكب بالمباشرة، وتعذر إيجابه بالتسبيب؛ لأنه لم يكن متعديًا في التسبيب، وأمَّا الناخس فمتعدٍّ في التسبيب فأوجبنا الضمان عليه.

فإن قلتَ: قد ذكر قبل هذا في الكتاب: وَلَا يَضْمَنُ - أي: الراكب - مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا أَوْ ذَنَبِهَا، ثم قال بعده: وَقَالَ أَكْثَرُ الْمَشَايِخِ: إِنَّ السَّائِقَ لَا يَضْمَنُ النَّفْحَةَ أَيْضًا؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، فلمَّا كانت النفحة ممَّا لم يمكن التحرز عنها لِمَ وجبَ الضمان هاهنا بسبب النفحة على الناخس؟

قلتُ: ذاك العذر إنما كان في السوق والنخس بالإذن، وأمَّا إذا كان النخس بدون الإذن فلا.

وقال في «المبسوط»: وإذا نخس الرجل الدابةَ ولها سائق بغير إذن السائق، أي: نخس الناخس بغير إذن السائق، فنفحت رجلًا فقتلته فالضمان على الناخس، وكذلك لو كان لها قائد؛ لأن الناخس متعد في هذا التسبيب بغير أمر القائد والسائق، وفي حق المتعدي لا فرق بين ما يمكن التحرز عنه وبين ما لا يمكن، فلهذا لزمه ضمان ما نفحت بالرجل أو الذنب، فإن كانا أمراه بذلك فلا ضمان عليه ولا عليهما؛ لأنه غير متعدٍّ هنا، بل هو سائق للدابة بإذن صاحبها، وليس على السائق ضمان النفحة.

قوله: فَأُضِيفَ فِعْلُ الدَّابَّةِ - وهو الإتلاف - **إِلَيْهِ**، أي: إلى الناخس.

قوله: وَلِأَنَّ النَّاخِسَ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ، وإنما قلنا: أن الناخس مسبِّب؛ لأن من عادة الدابة النفحة والوثبة عند النخس.

قَالَ: (وَإِنْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الجَانِي عَلَى نَفْسِهِ (وَإِنْ أَلقَتِ الرَّاكِبَ فَقَتَلَتْهُ كَانَ دِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ النَّاخِسِ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَثَبَتْ بِنَخْسِهِ عَلَى رَجُلٍ أَوْ وَطِئَتْهُ فَقَتَلَتْهُ كَانَ ذَلِكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَالوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى النَّاخِسِ وَالرَّاكِبِ نِصْفَيْنِ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِثِقَلِ الرَّاكِبِ وَوَطْءِ الدَّابَّةِ، وَالثَّانِي مُضَافٌ إِلَى النَّاخِسِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ نَخَسَهَا بِإِذْنِ الرَّاكِبِ كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ الرَّاكِبِ لَوْ نَخَسَهَا،

قوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ.

قوله: وَالوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، أي: يجب الضمان على الناخس في كل حال.

وإنما قيَّد بالملك هاهُنا في الوقوف والسير؛ لأنه إذا كان الراكب واقفًا في بعض الطريق الذي لم يؤذن في الوقوف فيه، فضرب الدابة إنسانٌ بإذنه فنفحت إنسانًا فالدية على الضارب والراكب نصفين على عاقلتهما؛ لأن الضارب سائق وكل راكب سائق فاستويا فضمنا، ولا كفارة عليهما، فإن القتل حصل بالتسبيب، فإن الراكب أنزل مباشرًا فيما يحصل بالسير دون ما يحصل بالنفحة، كذا في «الإيضاح».

وقوله: وَالثَّانِي، أي: وطئ الدابة؛ وهذا لأن الناخس كالسائق للدابة، والسائق مع الراكب ضامنان لما أوطأت الدابة؛ لما أن التلف حصل بسببهما وهو ثقل الراكب ووطئ الدابة، فوطئ الدابة من الناخس كما أن الثقل من الراكب، فلذلك كان الناخس والراكب يضمنان، روى هذه الرواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله، كذا في «المبسوط».

وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي نَفْحَتِهَا؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَا يَمْلِكُهُ، إِذِ النَّخْسُ فِي مَعْنَى السَّوْقِ فَصَحَّ أَمْرُهُ بِهِ، وَانْتَقَلَ إِلَيْهِ لِمَعْنَى الأَمْرِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَطِئَتْ رَجُلًا فِي سَيْرِهَا وَقَدْ نَخَسَهَا النَّاخِسُ بِإِذْنِ الرَّاكِبِ فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ جَمِيعًا إِذَا كَانَتْ فِي فَوْرِهَا الَّذِي نَخَسَهَا)؛ لِأَنَّ سَيْرَهَا فِي تِلْكَ الحَالَةِ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا، وَالإِذْنُ يَتَنَاوَلُ فِعْلَهُ مِنْ حَيْثُ السَّوْقُ وَلا يَتَنَاوَلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَالرُّكُوبُ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلْوَطْءِ فَالنَّخْسُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِهَذِهِ العِلَّةِ بَلْ هُوَ شَرْطٌ أَوْ عِلَّةٌ لِلسَّيْرِ وَالسَّيْرُ عِلَّةٌ لِلْوَطْءِ وَبِهَذَا لا يَتَرَجَّحُ صَاحِبُ العِلَّةِ، كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا فَوَقَعَ فِي بِئْرٍ حَفَرَهَا غَيْرُهُ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَمَاتَ فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمَا لِمَا أَنَّ الحَفْرَ شَرْطُ عِلَّةٍ أُخْرَى دُونَ عِلَّةِ الجُرْحِ كَذَا هَذَا.

ثُمَّ قِيلَ: يَرْجِعُ النَّاخِسُ عَلَى الرَّاكِبِ بِمَا ضَمِنَ فِي الإِيطَاءِ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ بِأَمْرِهِ.

قوله: وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ...؛ - أي: على الناخس - لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَا يَمْلِكُهُ، أي: لأن الراكب أمر الناخس بالذي يملكه الراكب؛ فإن الراكب يملك نخس مركوبه، حتى لو وجدت نفحة من نخس الراكب وتلفَ بها شيء كان لا يجب الضمان على الراكب، فكذا على مأموره الذي فعله بأمره وهو الناخس؛ لأنه لمّا كان نخسه بأمره انتقل فعل الناخس إلى الراكب فالراكب لا يضمن فيه، فكذا الناخس.

قوله: إِلَيْهِمَا، أي: إلى الراكب والناخس، وفي بعض النسخ: إِلَيْهَا، أي: إلى النخسة.

قوله: وَلا يَتَنَاوَلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ، أي: لا يتناول الإذن السوق من حيث أن السوق إتلاف لوجود انفصال السوق عن الإتلاف، وكم من سوق يوجد ولا إتلاف فيه.

قوله: فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، أي: يقتصر الضمان على الناخس؛ لأن الراكب أذن له بالسوق لا بالإيطاء والإتلاف.

وَقِيلَ: لا يَرْجِعُ وَهُوَ الأَصَحُّ فِيمَا أَرَاهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالإِيطَاءِ وَالنَّخْسُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ بِتَسْيِيرِهَا فَوَطِئَتْ إِنْسَانًا وَمَاتَ حَتَّى ضَمَّنَ عَاقِلَةَ الصَّبِيِّ فَإِنَّهُمْ لا يَرْجِعُونَ عَلَى الآمِرِ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالتَّسْيِيرِ وَالإِيطَاءُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَكَذَا إِذَا نَاوَلَهُ سِلَاحًا فَقَتَلَ بِهِ آخَرَ حَتَّى ضَمِنَ لا يَرْجِعُ عَلَى الآمِرِ، ثُمَّ النَّاخِسُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ الإِيطَاءُ فِي فَوْرِ النَّخْسِ حَتَّى يَكُونَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي فَوْرِ ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَى الرَّاكِبِ لِانْقِطَاعِ أَثَرِ النَّخْسِ فَبَقِيَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَى الرَّاكِبِ عَلَى الكَمَالِ.

(وَمَنْ قَادَ دَابَّةً فَنَخَسَهَا رَجُلٌ فَانْفَلَتَتْ مِنْ يَدِ القَائِدِ فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا فَهُوَ

قوله: كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ بِتَسْيِيرِهَا، وفي نسخة: يسيرها.

وفائدة تقييد الصبي بأنه يستمسك على الدابة لدفع الضمان عن عاقلة الصبي عند عدم الاستمساك، لا لإثبات رجوع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر، فإن الصبي إذا لم يكن مستمسكًا على الدابة فلا ضمان على أحدٍ، ذكره في «الذخيرة» في فصل القسامة الذي هو الفصل الحادي عشر من الجنايات، وقال:

وإن كان الصبي ممن لا يستمسك على الدابة، ولا يسير الدابة وقد حمله الرجل والدابة واقفة، ثم سارت فأوطأت إنسانًا أو أفسدت متاعًا فإنه لا يجب ضمان ذلك على الصبي، ولا على الذي حمل الصبي على الدابة، أمَّا لا ضمان على الصبي؛ لأن الصبي إذا كان ممن لا يسير الدابة فسير الدابة لا يكون مضافًا إلى الصبي، ويكون الصبي عليها بمنزلة الحمل على الدابة، وأمَّا لا يجب على الرجل؛ لأن الرجل لم يسير الدابة، وإذا لم يجز أن يضاف سير الدابة إلى واحد منهما كانت سائرة باختيارها لا بتسيير أحدٍ فكانت منفلتة، وما أصابت المنفلتة فهو هدر؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «فعل العجماء جبار»، والمراد به المنفلتة.

قوله: وَمَنْ قَادَ دَابَّةً، إلى قوله: فَهُوَ عَلَى النَّاخِسِ - يعني: لا على القائد - وَكَذَا إِذَا

عَلَى النَّاخِسِ وَكَذَا إِذَا كَانَ لَهَا سَائِقٌ فَنَخَسَهَا غَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ مُضَافٌ إِلَيْهِ، وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ عَبْدًا فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِهِ، وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا فَفِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُمَا مُؤَاخَذَانِ بِأَفْعَالِهِمَا) وَلَوْ نَخَسَهَا شَيْءٌ مَنْصُوبٌ فِي الطَّرِيقِ فَنَفَحَتْ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ نَصَبَ ذَلِكَ الشَّيْءَ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِ الطَّرِيقِ فَأُضِيفَ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ نَخَسَهَا

كَانَ لَهَا سَائِقٌ فَنَخَسَهَا غَيْرُهُ، أي: فالضمان على الناخس لا على السائق، وإنما ذكر وجود القائد والسائق عند ذكر نخس الناخس لهذا المعنى، وهو أن الضمان إنما يجب على الناخس لا على القائد والسائق، وأمَّا إذا لم يكونا فلا شكَّ أن وجوب الضمان على الناخس؛ لأن النخس مضاف إليه، فما تولد منه يكون مضافًا إليه أيضـًا من غير مزاحمة أحدٍ.

قوله: وَالنَّاخِسُ إذَا كَانَ عَبْدًا فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِهِ، أي: يدفع بها، أو يفدي، هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب.

وأمَّا إذا نخسه بإذن الراكب فلا يخلو: إمَّا أن كانت من الدابة نفحة أو وطء، فقد ذكر حكمهما في «المبسوط» وقال:

وإذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما؛ لأن فعل المأمور كفعل الآمر عبدًا كان المأمور أو حرًّا، فإن وطئت في فورها ذلك إنسانًا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية، وفي عنق العبد نصف الدية، يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب، إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية؛ لأنه صار غاصبـًا للعبد باستعماله إيَّاه في نخس الدابة، فإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له، وكذلك لو أمره بسوق الدابة أو بقودها.

ولو كان الراكب عبدًا فأمرَ عبدًا آخر فساقَ دابته، فأوطأت إنسانًا فقتلته فالدية على أعناقهما نصفين، يُدْفَعان أو يُفْدِيان بمنزلة السائق مع الراكب، ولا شيء على الراكب لمولى العبد المأمور إذا كان الراكبُ محجورًا عليه حتى يُعتَق؛ لأن سبب وجوب هذا الضمان

بِفِعْلِهِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

استعماله إيَّاه بالقول، والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول حتى يُعتق، فإذا أُعتَقَ كان عليه قيمة المأمور لمولاه، وإن كان مكاتبًا أو تاجرًا فهو دينٌ في عُنقه؛ لأنه مؤاخذٌ بضمان القَوْل في الحال، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

(بَابُ جِنَايَةِ المَمْلُوكِ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِ)

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى العَبْدُ جِنَايَةَ خَطَإٍ قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهَا إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ المَوْلَى الأَرْشَ، وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ

باب جناية المملوك والجناية عليه

لمَّا فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحرُّ، والجناية عليه، شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد، وأخَّره لانحطاط رتبته عن الحرِّ.

قوله: وَإِذَا جَنَى العَبْدُ جِنَايَةَ خَطَإٍ قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيهِ، ثم اعلم أنَّ التقييد بالخطأ هنا إنَّما يفيد في جناية العبد في النفس؛ لأنه إذا كان عمدًا يجب القصاص، وأمَّا فيما دون النفس فلا يفيد التقييد بالخطأ في هذا الحكم؛ لأنَّ خطأ العبد وعمده فيما دون النفس على السواء، فإنه يوجب المال في الحالين؛ لأنَّ القصاص لا يجري بين العبيد والعبيد، ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس.

ثمَّ إنَّما يقال لمولى العبد بهذا بعد الاستيناء؛ لأنه لا يقضى على المولى بشيءٍ في ذلك حتى يبرَأ المجنى عليه اعتبارًا لجناية العبد بجناية الحرِّ، وقد بيَّنا أنه يستأني في جناية الحر؛ لأن موجبها يختلف بالسراية وعدم السراية فلا يصير ذلك معلومًا قبل الاستيناء، والقضاء بالمجهول غير ممكن، كذا في «المبسوط».

قوله: وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ فِي اتِّبَاعِ الجَانِي بَعْدَ العِتْقِ، يعني: أن المجنى عليه عند الشافعي رحمه الله يتبع العبد الجاني بعد عتقه.

فِي اتِّبَاعِ الجَانِي بَعْدَ العِتْقِ. وَالمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ - رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ -. لَهُ أَنَّ الأَصْلَ فِي مُوجِبِ الجِنَايَةِ أَنْ يَجِبَ عَلَى المُتْلِفِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الجَانِي، إِلَّا أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ عَنْهُ، وَلا عَاقِلَةَ لِلْعَبْدِ؛ لِأَنَّ العَقْلَ عِنْدِي بِالقَرَابَةِ وَلا قَرَابَةَ بَيْنَ العَبْدِ وَمَوْلاهُ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ كَمَا فِي الدَّيْنِ، وَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ كَمَا فِي الجِنَايَةِ

وفي «الإيضاح»: إن موجب جناية العبد صيرورته جزاء جنايته عندنا قلّت الجناية أم كثرت وللمولى أن يختار الفداء، وعند الشافعي رحمه الله: الجناية في رقبته يُباع فيها إلا أن يفديه المولى.

وفي «الأسرار»: جناية العبد على الآدمي إذا أوجبت المال صار العبد للمجنى عليه جزاء بجنايته، والوجوب على المولى دون العبد فيقال للمولى: عليك تسليم العبد بالجناية إلى وليّ الجناية، إلا أن يختار الفداء بالأرش فيخير المولى بين الدفع بالجناية أو الفداء بالأرش، وقال الشافعي رحمه الله: حكم جنايته على الآدمي كحكم جنايته على البهيمة وإتلاف المال، يقال للمولى: إما أن تؤدي أو يباع عليك العبد، فيكون الوجوب على العبد في الأصل.

قوله: فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ، أي: في ذمة العبد؛ لأن ضمان الجناية في حق من لا عاقلة له بمنزلة ضمان المال فيكون واجباً في ذمته، ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلًا لمالية رقبته فيباع فيه إلا أن يقضى المولى دينه.

قوله: كَمَا فِي الدَّيْنِ، وهو ظاهر على ما قلنا، وفي بعض النسخ: كَمَا فِي الذِّمِّيِّ، يعني: إذا قتل الذمي رجلًا خطأً تجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في إتلاف المال، وقوله بعد هذا: بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ، يدل على صحة هذه النسخة.

وحجتنا في ذلك أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجانِي إذا أمكن، ألا ترى أن في جناية العمد المستحق نفس الجانِي قصاصاً حرًّا كان أو عبدًا فكذلك في الخطأ، إلا أن استحقاق النفس نوعان: أحدهما بطريق الإتلاف عقوبة، والآخر بطريق التملك على وجه

عَلَى المَالِ. وَلَنَا أَنَّ الأَصْلَ فِي الجِنَايَةِ عَلَى الآدَمِيِّ حَالَةَ الخَطَإِ أَنْ تَتَبَاعَدَ عَنِ الجَانِي تَحَرُّزًا عَنِ اسْتِئْصَالِهِ وَالإِجْحَافِ بِهِ، إِذْ هُوَ مَعْذُورٌ فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَتَعَمَّدِ الجِنَايَةَ، وَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الجَانِي إِذَا كَانَ لَهُ عَاقِلَةٌ، وَالمَوْلَى عَاقِلَتُهُ؛ لِأَنَّ العَبْدَ يَسْتَنْصِرُ بِهِ، وَالأَصْلُ فِي العَاقِلَةِ عِنْدَنَا النُّصْرَةُ حَتَّى تَجِبَ عَلَى أَهْلِ الدِّيوَانِ. بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ؛ لِأَنَّهُمْ لا يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَلَا عَاقِلَةَ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ صِيَانَةً لِلدَّمِ عَنِ الهَدَرِ، وَبِخِلَافِ الجِنَايَةِ عَلَى المَالِ؛ لِأَنَّ العَوَاقِلَ لا تَعْقِلُ المَالَ، إِلَّا أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالفِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ وَاحِدٌ، وَفِي إِثْبَاتِ الخِيرَةِ نَوْعُ تَخْفِيفٍ فِي حَقِّهِ

الجبران، والحر من أهل أن تستحق نفسه بطريق العقوبة لا بطريق التملك، والعبد من أهل أن تستحق نفسه بالطريقين جميعـًا، فيكون العبد مساويـًا للحر في حالة العمد، ويكون مفارقـًا له في حالة الخطأ؛ لأن عذر الخطأ لا يمنع استحقاق نفسه تملكـًا، والسبب يوجب الحكم في محله وفي حق الحر لم يصادف محله، وفي حق العبد السبب قد صادف محله فيكون مفيدًا حكمه، وهو أن نفسه صارت مستحقة للمجنى عليه تملكـًا لتحقيق معنى الصيانة عن الهدر.

والطريق الثاني أن موجب جناية الخطأ يتباعد عن الجاني لكونه معذورًا في ذلك، وكون الخطأ موضوعـًا شرعـًا ويتعلق بأقرب الناس إليه لإظهار صيانة المحل المحترم والتخفيف على المخطئ، ألا ترى أن في حق الحر يجب على عاقلته لهذا المعنى فكذلك في حق العبد، إلا أن عاقلة العبد مولاه؛ لأن الحر يستنصر بعاقلته ويزداد قوةً وجرأةً بِهم، كما أن المملوك يستنصر بمولاه فيجب ضمان جنايته على المولى، إلا أن للمولى أن يقول: إنما لحقني هذا البلاء بسبب ملكي فيه ولي أن أتخلص عنه بنقل ملكي فيه إلى المجنى عليه فأدفعه بالجناية، فإذا دفعه كان المجنى عليه هو المالك فلا يجب عليه شيء آخر بالجناية عليه، وإذا لم يدفعه كانت الدية عليه، بخلاف ضمان المال فإنه يجب في ذمة المتلف ولا يخاطب به غيره كما في حق الحر، كذا في «المبسوط».

وقوله: إِلَّا أَنَّهُ يُخَيَّرُ، أي: يخير المولى في أصل المسألة وهو ما إذا جنى العبد خطأ،

كَيْ لا يُسْتَأْصَلَ، غَيْرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ فِي الصَّحِيحِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ المُوجِبُ بِمَوْتِ العَبْدِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ الوَاجِبِ وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْلِ إِلَى الفِدَاءِ،

وهذا استثناء من قوله: وَالمَوْلَى عَاقِلَتُهُ، يعني: بالنظر إلى أن يكون المولى عاقلته ينبغي أن لا يثبت الخيار للمولى بين الدفع والفداء كما لا يثبت هذا الخيار لسائر العواقل.

وفرق بين المولى وبين سائر العواقل بهذا وقال: إنما يخير المولى هاهنا؛ لآن التخيير للتخفيف والتخفيف مطلوب في الموضعين، غير أن أثر التخفيف ظهر في سائر العواقل بوجه آخر، وهو التوزيع والقسمة عليهم على وجه لا يورث الإجحاف؛ لأن بهم كثرة فكان تخفيفاً، وأمّا هاهنا فالمولى واحد فإثبات التخفيف فيه إنما يحصل بإثبات الخيار له.

قوله: غَيْرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ فِي الصَّحِيحِ، هذا احتراز عن رواية أخرى ذكرها الإمام التمرتاشي رحمه الله، والصحيح أن الأصل هو الدية والأرش لكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني.

وذكر في «الأسرار»: وقد ذكر بعض مشايخنا أن الواجب الأصلي هو الأرش على المولى وله المخلص بالدفع، ثم قال: والرواية بخلاف هذا في غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن رحمهما الله أن الواجب هو العبد؛ ولأن المولى ليس بجان ولا عاقلة هو للعبد؛ لأن ولاية القرابة منقطعة بالرق والمولى ما اشتراه ليواليه ويعقل عنه بل ليستخدمه.

قوله: وَلِهَذَا يَسْقُطُ المُوجِبُ بِمَوْتِ العَبْدِ، أي: إذا هلك العبد قبل الاختيار بريء المولى من مطالبة المجنى عليه حقه من الدفع والفداء، ولو لم يكن الموجب الأصلي هو الدفع أو أحدَ شيئين من الدفع والفداء بالأرش لكان إذا هلك العبد قبل الاختيار أن يتعين الأرش، وليس كذلك دلَّ أن الموجب الأصلي هو الدفع وله التخليص باختيار الفداء، ثم بعد ذلك أيًا منهما اختاره يكون ذلك حالًا ولا يكون مؤجلًا على ما ذكر في الكتاب، كذا في «الذخيرة».

فإن قلتَ: وقوله: وَلِهَذَا يَسْقُطُ المُوجِبُ بِمَوْتِ العَبْدِ، لإيضاح أصالة الدفع دون الفداء، وهذا الحكم ثابت أيضاً فيما إذا أتلف العبد مال إنسان ثم مات يسقط الموجب بموته

كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ، بِخِلَافِ مَوْتِ الجَانِي الحُرِّ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ لا يَتَعَلَّقُ بِالحُرِّ اسْتِيفَاءً فَصَارَ كَالعَبْدِ فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ.

قَالَ: (فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الجِنَايَةِ وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرْشِهَا وَكُلُّ ذَلِكَ يَلْزَمُ حَالًا) أَمَّا الدَّفْعُ فَلِأَنَّ التَّأْجِيلَ فِي الأَعْيَانِ بَاطِلٌ وَعِنْدَ اخْتِيَارِهِ الوَاجِبَ عُيِّنَ.

ولا يطالب المولى بضمان ما أتلف، مع أن في إتلاف المال لم يشرع الدفع أصلًا، والرواية في «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي صريحًا، وفي «مبسوط» شيخ الإسلام رحمهما الله إشارةً.

قلتُ: حق صاحب الحق في الصورتين تعلق برقبة العبد، وإذا مات العبد فقد فات المحل الذي تعلق به حقهما فسقط الحق لذلك، وحاصله أن في صورة إتلاف المال الدفع حاصل أيضا؛ لأن الغرماء هم الذين يتولون بيع العبد فكان العبد مدفوعًا إليهم.

وذكر في آخر هذا الباب من «المبسوط» في هذه المسألة: وسواء مات العبد بآفة سماوية، أو بعثه المولى في حاجته فعطب فيها، أو استخدمه فلا ضمان عليه فيه لحقه بذلك؛ لأن للمولى حق الاستخدام في العبد الجاني ما لم يدفعه، فلا يكون فعله ذلك تعديًا.

قوله: كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ، فإن موجب مال الزكاة وهو وجوب الزكاة بعد حولان الحول يسقط عن صاحبه بهلاك ذلك المال، وإن كان لصاحبه حق نقل أداء الزكاة من مال آخر.

قوله: بِخِلَافِ مَوْتِ الجَانِي الحُرِّ، أي: إن موجب جناية الحر لا يسقط عن العاقلة بموت الجاني.

قوله: فَصَارَ كَالعَبْدِ فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ، أي: فصار موت الجاني الحر في عدم سقوط الموجب كموت العبد في حق صدقة الفطر، فإن صدقة الفطر إذا وجبت على المولى لا تسقط بموت العبد فكذلك في موت الجاني الحر.

قوله: فَلِأَنَّ التَّأْجِيلَ فِي الأَعْيَانِ بَاطِلٌ؛ لأن التأجيل شرع للتحصيل ترفيهًا، وتحصيل الحاصل باطل.

قوله: وَعِنْدَ اخْتِيَارِهِ - أي: اختيار المولى الدفع - الوَاجِبَ - وهو العبد - عُيِّنَ، فلهذا

وَأَمَّا الفِدَاءُ فَلِأَنَّهُ جُعِلَ بَدَلًا عَنِ العَبْدِ فِي الشَّرْعِ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا بِالمُتْلَفِ وَلِهَذَا سُمِّيَ فِدَاءً فَيَقُومُ مَقَامَهُ وَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَلِهَذَا وَجَبَ حَالًا كَالمُبْدَلِ (وَأَيُّهُمَا اخْتَارَهُ وَفَعَلَهُ لا شَيْءَ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ غَيْرُهُ) أَمَّا الدَّفْعُ فَلِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ،

وجب حالًا كالمبدل.

فإن قلتَ: عدم صحة الأجل في المبدل لا يوجب عدم صحته في البدل؛ وذلك لأن البدل والمبدل قد يتغايران في الأحكام، ألا ترى أن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له، وإذا صار مالًا لمعنى من المعانِي يتعلق به حقه والمال هناك بدل من القصاص، وكذلك الوضوء والتيمم يختلفان في حق النية، وأداء الصلاة وقضاؤها يختلفان في حق اقتداء المسافر بالمقيم، ولم ينظر في هذه المسائل وصف المبدل في حق البدل، فينبغي أن يجب هنا كذلك.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بالشرط على ما ذكر في فصل الضمان من كفالة الكتاب، ولمَّا لم يثبت شرط التأجيل في الفداء ثبت حالًا، ولكن ذكر النظر إلى المبدل كان لبيان رجحان جانب الحلول على جانب الأجل؛ وذلك لأن الفداء لمَّا وجب لمقابلة الجناية في النفس أو في العضو أشبه الدية والأرش، وهما يثبتان مؤجلان وإن لم يثبت شرط التأجيل على ما مرَّ، فكان ينبغي أن يجب الفداء مؤجلًا أيضا بالقياس عليهما وإن لم يذكر شرط التأجيل، لكن لمَّا اختار المولى الفداء كان الفداء دينًا في ذمته كسائر الديون، فيجب أن يكون حالًا كما في سائر الديون، ولمَّا تعارض جانب الأجل والحلول في الفداء بهذا الطريق رجح جانب الحلول بأنه فرع لأصل هو حال، فيجب أن يكون حالًا لئلا يفارق الخلف الأصل.

أمَّا مخالفتهما في تلك المسائل لمعانٍ ذكرناها في مواضعها وهي: أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به، والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهرًا بها، بخلاف الماء، وصلاة المسافر في القضاء غير قابلة للتغيير، ففي الاقتداء بالمقيم في القضاء يلزم بناء القوي على الضعيف في حق القعدة الأولى، فلا يجوز اقتداؤه بالمقيم في القضاء لذلك.

فَإِذَا خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّقَبَةِ سَقَطَ. وَأَمَّا الفِدَاءُ فَلِأَنَّهُ لا حَقَّ لَهُ إِلَّا الأَرْشُ، فَإِذَا أَوْفَاهُ حَقَّهُ سَلَّمَ العَبْدَ لَهُ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ شَيْئًا حَتَّى مَاتَ العَبْدُ بَطَلَ حَقُّ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ حَقِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَمَا اخْتَارَ الفِدَاءَ لَمْ يَبْرَأْ لِتَحَوُّلِ الحَقِّ مِنْ رَقَبَةِ العَبْدِ إِلَى ذِمَّةِ المَوْلَى.

قَالَ: (فَإِنْ عَادَ فَجَنَى كَانَ حُكْمُ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ كَحُكْمِ الجِنَايَةِ الأُولَى) مَعْنَاهُ بَعْدَ

قوله: فَإِذَا خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّقَبَةِ سَقَطَ، أي: سقط حق مطالبة وليّ الجناية من المولى، كالوارث إذا خلى بين الغرماء وبين التركة.

قوله: لِفَوَاتِ مَحَلِّ حَقِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى **قوله**: غَيْرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ، إلى آخره.

قوله: وَإِنْ مَاتَ - أي: العبد الجاني - بَعْدَمَا اخْتَارَ الفِدَاءَ لَمْ يَبْرَأْ، أي: سواء اختار المولى الفداء قولًا أو فعلًا لم يبْرأ المولى عن الفداء.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين كفارة اليمين؟ فإن أحد الأنواع الثلاثة من الإطعام، والإلباس، والإعتاق في كفارة اليمين لا يتعين إلا بالفعل، ولا يتعين بالقول مع أن الحانث هناك مختار بين تلك الثلاثة، وهاهُنا مولى العبد الجانِي مختار أيضـًا بين الدفع والفداء، فيتعين أحدهما بالقول.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن في حقوق الله تعالى المقصود هو الفعل والمحل تابع، وفي حقوق العباد المقصود هو تعين المحل حتى يتمكن صاحب الحق من الاستيفاء، والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل فكان القول محققـًا غرض صاحب الحق.

قوله: فَإِنْ عَادَ فَجَنَى كَانَ حُكْمُ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ كَحُكْمِ الجِنَايَةِ الأُولَى، أي: يقال للمولى: ادفعه بالجناية الثانية أيضـًا، أو افده كما هو الحكم في الجناية الأولى.

قوله: مَعْنَاهُ بَعْدَ الفِدَاءِ، وإنما فسَّر المسألة بِهذا؛ لأنه إذا لم يفد الجناية الأولى ثم

الْفِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا طَهُرَ عَنِ الْجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ جُعِلَ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ، وَهَذَا ابْتِدَاءُ جِنَايَةٍ.

قَالَ: (وَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ قِيلَ لِلْمَوْلَى إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهِ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْأُولَى بِرَقَبَتِهِ لا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ بِهَا كَالدُّيُونِ الْمُتَلَاحِقَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لَمْ يَمْنَعْ تَعَلُّقَ الْجِنَايَةِ فَحَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْأَوَّلِ أَوْلَى أَنْ لا يُمْنَعَ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا عَلَى قَدْرِ أَرْشِ جِنَايَتِهِمَا (وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً يَقْتَسِمُونَ الْعَبْدَ الْمَدْفُوعَ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِجَمِيعِ أُرُوشِهِمْ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدًا وَفَقَأَ عَيْنَ

جنى أخرى كانت المسألة عين المسألة الثانية وهي **قوله**: وَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ قِيلَ لِلْمَوْلَى إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ، إلى آخره.

قوله: لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْأُولَى - أي: الجناية الأولى - بِرَقَبَتِهِ لا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين الرهن؟ فإن تعلق حق المرتهن بالرهن منع تعلق حق الثانِي به، حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده، لا تتعلق سائر الديون بالرهن، فقد منع هناك تعلق الدين الأول برقبته تعلق الدين الثانِي بها، ولم يمنع هاهُنا تعلق حق المجنى عليه الأول حق المجنى عليه الثانِي برقبة العبد الجانِي.

قلتُ: الفرق بينهما من حيث أن الرهن إيفاء حكمي والارتهان استيفاء حكمي، فيعتبران بالإيفاء والاستيفاء الحقيقيين، ففي الإيفاء والاستيفاء الحقيقيين لا يبقى تعلق لسائر الديون فكذا في الحكم، وأمَّا هاهُنا فمجرد التعلق لا الإيفاء ولا الاستيفاء لا حقيقةً ولا حكماً، فلا يتنافيان في التعلق برقبة العبد الجانِي.

قوله: وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا عَلَى قَدْرِ أَرْشِ جِنَايَتِهِمَا؛ لأن المستحق إنما يستحقه عوضاً عمَّا فات عليه، فلا بد من أن يقسم على قدر المعوض، كذا في «الإيضاح».

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، وهو **قوله**: لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْأُولَى بِرَقَبَتِهِ لا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ.

آخَرَ؛) يَقْتَسِمَانِهِ أَثْلَاثًا (لِأَنَّ أَرْشَ العَيْنِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ أَرْشِ النَّفْسِ) ، وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الشِّجَاتِ (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَفْدِيَ مِنْ بَعْضِهِمْ وَيَدْفَعَ إِلَى بَعْضِهِمْ مِقْدَارَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنَ العَبْدِ)؛ لِأَنَّ الحُقُوقَ مُخْتَلِفَةٌ بِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا وَهِيَ الجِنَايَاتُ المُخْتَلِفَةُ، بِخِلَافِ مَقْتُولِ العَبْدِ إِذَا كَانَ لَهُ وَلِيَّانِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَيَدْفَعَ إِلَى الآخَرِ لِأَنَّ الحَقَّ مُتَّحِدٌ لِاتِّحَادِ سَبَبِهِ وَهِيَ الجِنَايَةُ المُتَّحِدَةُ، وَالحَقُّ يَجِبُ

قوله: لِأَنَّ أَرْشَ العَيْنِ، أي: العين الواحدة.

قوله: وَالحَقُّ يَجِبُ لِلْمَقْتُولِ ثُمَّ لِلْوَارِثِ خِلَافَةً عَنْهُ، هذا جواب إشكال وهو أن يقال: الحق وإن كان متحدًا بالنظر إلى السبب فهو متعددٌ بالنظر إلى المستحقين، فينبغي أن يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الأولى بأن يتمكن المولى من أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر، فأجاب عنه بهذا وقال: لا نسلم بأن المستحق متعدد بل المستحق متحد أيضا كالسبب؛ لأن الأصل في الاستحقاق الميت وهو واحد، والوارثان خليفة عنه فكان الاعتبار لاتحاد الأصل.

فإن قلتَ: فاعتبار جانب الوارث أَوْلَى هاهُنا من اعتبار جانب الميت؛ وذلك لأن الملك يثبت للوارث حقيقةً وحكماً ويثبت الملك للميت حكماً لا حقيقةً؛ لأنه ليس من أهل الملك حقيقةً، ولمَّا كان كذلك والوارث اثنان وجبَ أن يتمكن المولى من أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر، كما لو اختلفت الجنايات ترجيحاً لجانب المالك حقيقةً وحكماً على المالك حكماً لا حقيقةً.

قلتُ: هذا الذي ذكرته هو وجه إحدى روايتي كتاب «الدُّرر»، وأمَّا في عامة الروايات فيصير المولى مختارًا للفداء في حق الوارثين جميعاً إذا اختار الفداء في حق أحدهما، فوجه ذلك هو أن ملك الميت أصل وملك الوارث بناءٌ عليه، ولا شك أن اعتبار الأصل أَوْلَى من اعتبار الفرع فاعتبرنا جانب الميت، وباعتبار جانب الميت كان المستحق واحدًا فلذلك لم يتمكن المولى من الدفع إلى الآخر بعدما اختار الفداء في حق أحدهما، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

لِلْمَقْتُولِ ثُمَّ لِلْوَارِثِ خِلَافَةً عَنْهُ فَلَا يَمْلِكُ التَّفْرِيقَ فِي مُوجَبِهَا.

قَالَ: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ضَمِنَ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا، وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَرْشُ)؛ لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ فَوْتُ حَقِّهِ فَيَضْمَنُهُ وَحَقُّهُ فِي أَقَلِّهِمَا، وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ لَا اخْتِيَارَ بِدُونِ الْعِلْمِ، وَفِي الثَّانِي صَارَ مُخْتَارًا؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ يَمْنَعُهُ مِنَ الدَّفْعِ فَالْإِقْدَامُ عَلَيْهِ اخْتِيَارٌ مِنْهُ لِلْآخَرِ، وَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ الْبَيْعُ وَالْهِبَةُ وَالتَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الدَّفْعَ لِزَوَالِ الْمِلْكِ بِهِ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ عَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ وَلِيِّ

قوله: فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ضَمِنَ الْأَقَلَّ، إلى آخره، وحاصل هذا فيما ذكره في «الذخيرة» بقوله:

والأصل في جنس هذه المسائل أن المولى متى أحدث في العبد تصرفاً يعجزه عن الدفع وهو عالم بالجناية يصير مختارًا للفداء، وفيما إذا أحدث تصرفاً لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارًا للفداء وإن كان عالماً بالجناية؛ لأن في الوجه الأول اختار إمساك العبد فيتعين دفع الفداء؛ لأن المخير بين شيئين في الإزالة إذا اختار إمساك أحدهما يلزمه إزالة الآخر عن ملكه، كما إذا أعتق أحد عبديه ثم باع أحدهما فإنه يتعين الآخر للعتق.

وفي الوجه الثاني ما اختار إمساك العبد؛ لأن الدفع بعدما باشر من التصرف ممكن فيبقى على حيازه، فإذا ثبت هذا الأصل فنقول: الإعتاق تصرف يعجزه عن الدفع؛ لأن إعتاقه نافذ؛ لأن تعلق حق الغير بالعبد لا يمنع نفاذ العتق فيه، وبعد نفاذ العتق لا يمكنه الدفع، فإذا أعتق مع العلم بالجناية فقد اختار إمساك العبد فيتعين الفداء.

قوله: بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ عَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ، يعني: إذا أقرَّ الرجل الذي في يده العبد الجاني بأن هذا العبد لفلان، أي: لا يصير مختارًا للفداء لما ذكر في الكتاب، هذا الذي ذكره من الحكم بأنه لا يصير مختارًا للفداء فيما إذا أثبت بالبينة أنه لفلان، وأمَّا إذا لم يثبت بالبينة

الجِنَايَةِ، فَإِنَّهُ المُقَرُّ لَهُ يُخَاطَبُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ. وَلَيْسَ فِيهِ نَقْلُ المِلْكِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الأَمْرُ كَمَا قَالَهُ المُقِرُّ وَأَلْحَقَهُ الكَرْخِيُّ بِالبَيْعِ وَأَخَوَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ فَيَسْتَحِقُّهُ المُقَرُّ لَهُ بِإِقْرَارِهِ فَأَشْبَهَ البَيْعَ.

فلا؛ لأنه ذكر في «المبسوط»:

ولو أن عبدًا في يدي رجل جنى جناية فقال ولي الجناية: هو عبدك، وقال الرجل: هو وديعة عندي لفلان، أو عارية، أو إجارة، أو رهن، فإن أقام على ذلك بينة أخرت الأمر فيه حتى يقدم الغائب، فإن لم تقم بينة خوطب بالدفع أو الفداء، وقال زفر رحمه الله: هو مختار للدية بمجرد قوله: إنه لفلان؛ لأنه زعم أنه لا سبيل له على دفعه فيجعل به مفوتـًا للدفع مختارًا للفداء، كما لو أعتقه.

ولكنا نقول: هو بكلامه هذا يزعم أنه ليس بخصم في هذه الجناية أصلًا، واختياره يبتني على كونه خصمـًا، فإذا ثبت بالبينة أنه ليس بخصم فيه صار إثبات ذلك بالبينة كالإثبات بالمعاينة، وإن لم تقم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه، وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع أو الفداء.

ولا معنى لجعله مختارًا للدية مع تمكنه من الدفع بالجناية، فإن فداه ثم قدم الغائب أخذ عبده بغير شيء؛ لأن ذا اليد كان أقرَّ بالملك له وقد اتصل تصديقه بذلك الإقرار، وقد كان ذو اليد متبرعـًا في هذا الفداء فإنه ما كان مجبرًا عليه، فلا يرجع بشيء منه على المقر له، وإن كان دفعه فالغائب بالخيار إن شاء أمضى ذلك، وإن شاء أخذ العبد ودفع الأرش؛ لأن تصديقه اتصل بذلك الإقرار فيثبت الملك له ويتبين أنه كان له الخيار.

قوله: لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الأَمْرُ كَمَا قَالَهُ، أي: لجواز أن يكون العبد عبد المقر له فيخاطب المقر له بالدفع إلى ولي الجناية.

قوله: وَأَلْحَقَهُ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ بِالبَيْعِ، وذكر في «الإيضاح»: وقد أطلق أبو الحسن أنه يصير مختارًا وهو رواية خارجة عن الأصول.

وَإِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهَا، وَكَذَا المَعْنَى لا يَخْتَلِفُ وَإِطْلَاقُ البَيْعِ يَنْتَظِمُ البَيْعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ المِلْكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَنَقْضِهِ، وَبِخِلَافِ العَرْضِ عَلَى البَيْعِ؛ لِأَنَّ المِلْكَ مَا زَالَ، وَلَوْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا لَمْ يَصِرْ مُخْتَارًا حَتَّى يُسَلِّمَهُ؛ لِأَنَّ الزَّوَالَ بِهِ،

قوله: وَإِطْلَاقُ الجَوَابِ، وهو قوله: ضَمِنَ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا، إلى آخره.

قوله: وَإِطْلَاقُ البَيْعِ يَنْتَظِمُ البَيْعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي، يعني: إذا باع مولى العبد الجاني العبد بشرط الخيار للمشتري كان ذلك اختيارًا منه للفداء.

وقال في «الإيضاح»: أمَّا على قولهما؛ فلأن الملك يثبت للمشتري، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله ملك البائع يزول وإن لم يثبت للمشتري، وفوات الدفع يكون بزوال ملك البائع.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَنَقْضِهِ، وَبِخِلَافِ العَرْضِ عَلَى البَيْعِ، أي: لا يثبت بهذين الفعلين اختيار الفداء؛ لأن الاختيار إنَّما يثبت إذا فات إمكان الدفع ولم يفت، وقال زفر رحمه الله: يكون مختارًا للفداء بهذين الفعلين؛ لأنه دليل على استيفاء الملك، ولهذا يسقط خيار الشرط بهذا، كذا في «الإيضاح».

فإن قلتَ: المشتري بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار للبائع أو عرض على البيع يصير مختارًا للبيع ومجيزًا له، وكذلك البائع بشرط الخيار لنفسه إذا عرض على البيع يكون فاسخًا للبيع على ما مرَّ، وكذا أشار إلى هذا في «الإيضاح» أيضًا على ما ذكرنا، فعلى هذا إذا باع بشرط الخيار للبائع أو عرض على البيع ينبغي أن يكون مختارًا للفداء.

قلتُ: لو لم يكن مجيزًا هناك بهذا التصرف كان التصرف بالعرض واقعًا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ والتصرف في ملك الغير حرام، وكذلك البائع لو لم يجعل فاسخًا بهذا التصرف كان تصرفه واقعًا في الأجرة في ملك الغير على تقدير الإجارة، أمَّا هاهُنا لو لم يجعل مختارًا للفداء بهذا التصرف لا يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترقا؛ ولأن

بِخِلَافِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ؛ لِأَنَّ مُوجَبَهُ يَثْبُتُ قَبْلَ قَبْضِ البَدَلِ فَيَصِيرُ بِنَفْسِهِ مُخْتَارًا، وَلَوْ بَاعَهُ مَوْلَاهُ مِنَ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ فَهُوَ مُخْتَارٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ لَهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَهُوَ مُتَحَقِّقٌ فِي الهِبَةِ دُونَ البَيْعِ، وَإِعْتَاقُ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِأَمْرِ المَوْلَى بِمَنْزِلَةِ إِعْتَاقِ المَوْلَى فِيمَا ذَكَرْنَاهُ؛ لِأَنَّ فِعْلَ المَأْمُورِ مُضَافٌ إِلَيْهِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ فَهُوَ مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالجِنَايَةِ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ

المشتري أو البائع لو لم يجعل مجيزًا أو فاسخًا لا يصح شراؤه وبيعه؛ لأنه يكون شراءً وبيعًا فيه غرر، وهاهُنا لا يلزم الغرر في حق الدفع فيبقى مجيزًا بين الدفع والفداء لتمكنه من كل واحدٍ منهما لعدم زوال ملكه.

قوله: بِخِلَافِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ، أي: يصير مختارًا للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة، بخلاف البيع الفاسد فإن هناك لا يكون مختارًا للفداء قبل التسليم إلى المشتري.

وذكر الفرق في «الإيضاح» وقال: لأن موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالأداء، فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض.

وصورة الكتابة الفاسدة ما مرَّ في المكاتب بقوله: وإذا كاتب المسلم عبده على خمر، أو خنزير، أو على قيمته فالكتابة فاسدة.

وذكر في «الإيضاح» قبل هذا: ولو أن المولى كاتب العبد الجانِي وهو يعلم ثم عجز، فإن كان خوصم قبل أن يعجز فقضى القاضي بالدية ثم عجز لم يرتفع القضاء؛ لأن الوجوب قد استحكم باتصال القضاء به، وإن لم يخاصم فيه حتى عجز كان له أن يدفعه به؛ لأن الدفع لم يفت على سبيل الإحكام لاحتمال ارتفاع فوات الدفع بالعجز.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصير مختارًا بالكتابة؛ لأنه تعذر الدفع باعتبار زوال اليد واليد إنَّما تعود بسبب جديد.

قوله: وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ - بأن أثر فيه حتى صار مهزولًا، أو قلَّت قيمته ببقاء أثر

بِكْرًا فَوَطِئَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْلِقًا؛ لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ التَّزْوِيجِ؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمِ، وَبِخِلَافِ وَطْءِ الثَّيِّبِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ لا يَنْقُصُ مِنْ غَيْرِ إعْلَاقٍ،

الضرب - فَهُوَ مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالجِنَايَةِ، وأمَّا إذا ضربه وهو غير عالم بالجناية كان عليه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، إلا أن يرضى ولي الدم أن يأخذه ناقصاً، ولا ضمان على المولى؛ لأنه لمَّا رضي به ناقصاً صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية.

ولو ضرب المولى عينه فأبيضت وهو عالم به ثم ذهب البياض قبل أن يخاصم فيه، لا يكون مختارًا للفداء بل يدفع أو يفدي؛ لأن النقصان لمَّا زال جعل كأن لم يكن، ولو خوصم في حالة البياض فضمَّنه القاضي الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ لا يرد؛ لأن الخيار قد استحكم بانضمام القضاء إليه.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا فَوَطِئَهَا - أي: يصير مختارًا للفداء - وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْلِقًا، وإنما قيَّد به لإثبات الفرق بين وطء البكر ووطء الثيب؛ لأن بوطء الثيب لا يكون مختارًا للفداء ما لم يكن الوطء معلقاً في ظاهر الرواية، فإذا علقت منه فحينئذٍ يكون اختيارًا للفداء.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارًا؛ لأن الحل يختص بالملك فكان دليلًا على إمساك العين، فكان قوله في الكتاب: بِخِلَافِ وَطْءِ الثَّيِّبِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، احترازًا عمَّا روي عن أبي يوسف، وقول زفر مثل قول أبي يوسف رحمهما الله هذا.

وقوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهُ.

قوله: بِخِلَافِ التَّزْوِيجِ، أي: لا يصير مختارًا للفداء بالتزويج؛ لأن التزويج لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع.

وفي المسألة طعن عيسى، ووجهه أن التزويج تعييبٌ وبالتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على بدنِها وعينها، قلنا: التعييب تفويت جزء منها حقيقةً، وأمَّا النكاح فليس بتفويت لجزئها حقيقةً فإنَّها بعد النكاح قائمة برمتها، وإنما دخلها العيب حكماً وبه لا يثبت خيار الفداء، كما لو أقرَّ عليها بالسرقة مع العلم بالجناية، فإن بسبب هذا الإقرار يدخلها نوع

وَبِخِلَافِ الِاسْتِخْدَامِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالمِلْكِ، وَلِهَذَا لَا يَسْقُطُ بِهِ خِيَارُ الشَّرْطِ وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الأَظْهَرِ مِنَ الرِّوَايَاتِ، وَكَذَا بِالإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ

عيب، ولكن لمَّا كان حكميًّا لم يثبت به اختيار الفداء؛ لأنه لا ينقص من غير إتلاف، وإنما يجعل الوطء في حكم جزء من العين إذا وقع في غير الملك، وهاهُنا قد وقع في الملك فإن الملك يثبت مقتصرًا على حين الدفع.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين البيع بشرط الخيار في حق وطء الثيب؟ فإن الوطء هناك كان فسخًا للبيع وهنا لا يكون اختيارًا للفداء ما لم يعلق.

قلتُ: الفرق بينهما من حيث أن هناك لو لم يجعله فاسخًا للعقد بالوطء لكان إذا اختار العقد ملكها المشتري من وقت العقد، وبهذا استحق زوائدها فيتبين به أن الوطء حصل في غير ملكه، فللتحرز عن هذا جعلناه فاسخًا، ولهذا إذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع، ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين به أن الوطء كان في غير ملكه.

قوله: وَبِخِلَافِ الِاسْتِخْدَامِ، يعنِي: لو استخدم العبد الجانِي بعد العلم بالجناية لا يكون مختارًا للفداء، حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه؛ وذلك لأن الاستخدام لَا يَخْتَصُّ بِالمِلْكِ فلم يدل على الاختيار، وكذلك لو كان عليه دين فاستخدمه المولى لم يضمن للغرماء.

قوله: وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الأَظْهَرِ، هذا احتراز عما ذكر في بعض نسخ «الأصل» أنه يكون مختارًا في الرهن والإجارة؛ لأنه أثبت عليهما يدًا مستحقة فصار كالبيع.

وجه ظاهر الرواية أن الإجارة تنتقض بالعذر، فيكون قيام حق ولي الجناية فيها عذرًا في نقض الإجارة، والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء، فلم يتحقق عجزه عن دفعها بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارًا.

قوله: وَكَذَا بِالإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ وَإِنْ رَكِبَهُ دَيْنٌ، أي: لم يصر المولى مختارًا للفداء

وَإِنْ رَكِبَهُ دَيْنٌ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ لا يُفَوِّتُ الدَّفْعَ وَلا يُنْقِصُ الرَّقَبَةَ، إِلَّا أَنَّ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ قَبُولِهِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَحِقَهُ مِنْ جِهَةِ المَوْلَى فَلَزِمَ المَوْلَى قِيمَتُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ قَتَلْتَ فُلَانًا أَوْ رَمَيْتَهُ أَوْ شَجَجْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ) فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ (وَقَالَ زُفَرُ: لا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ؛ لِأَنَّ وَقْتَ تَكَلُّمِهِ لا جِنَايَةَ وَلا عِلْمَ لَهُ بِوُجُودِهِ، وَبَعْدَ الجِنَايَةِ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا)؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ أَوِ العَتَاقَ بِالشَّرْطِ ثُمَّ حَلَفَ أَنْ لا يُطَلِّقَ أَوْ لا يُعْتِقَ وُجِدَ الشَّرْطُ وَثَبَتَ العِتْقُ وَالطَّلَاقُ لا يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ تِلْكَ، كَذَا هَذَا.

وَلَنَا أَنَّهُ عَلَّقَ الإِعْتَاقَ بِالجِنَايَةِ وَالمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يُنَزَّلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالمُنَجَّزِ

بالإذن في التجارة؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى، ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان للعبد؛ لأن الغرماء يتبعون ولي الجناية إذا دفع العبد إليهم فيبيعونه بديونهم، لكن ذلك بسبب من جهة المولى وهو الإذن فكان له أن يمتنع من قبوله ناقصًا، هذا كله من «المبسوط»، و«الإيضاح»، و«الذخيرة».

قوله: فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ، أي: إن فعل العبد تلك الأفعال وهي: القتل، والرمي، والشج، فمات الفلان من ذلك الفعل عتق العبد وصار المولى بهذا التعليق مختارًا للفداء عند تحقق الفعل، لكن يجب أن يكون القتل قتلًا يوجب الدية كالخطأ وشبه العمد، لا القصاص.

وذكر شيخ الإسلام في صورة المسألة: إن علق العتق بضرب لا يوجب القصاص.

وهكذا ذكر في «المبسوط» حيث قال فيه بعد ما ذكر المسألة كما ذكر في الكتاب: وإن كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص فلا شيء على المولى؛ لأن الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية، فلا يصير المولى بالعتق مفوتًا حق ولي الجناية، فلذلك لا يلزمه شيء.

فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ الجِنَايَةِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَوَاللهِ لا أَقْرَبُكَ يَصِيرُ ابْتِدَاءُ الإِيلَاءِ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا إِذَا مَرِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَمَرِضَ حَتَّى طَلُقَتْ وَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ المَرَضِ يَصِيرُ فَارًّا؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُطَلِّقًا بَعْدَ وُجُودِ المَرَضِ، بِخِلَافِ مَا أَوْرَدَ؛ لِأَنَّ غَرَضَهُ طَلَاقٌ أَوْ عِتْقٌ يُمْكِنُهُ الِامْتِنَاعُ عَنْهُ، إِذِ اليَمِينُ لِلْمَنْعِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ مَا لا يُمْكِنُهُ الِامْتِنَاعُ عَنْهُ؛ وَلِأَنَّهُ حَرَّضَهُ عَلَى مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ بِتَعْلِيقِ أَقْوَى الدَّوَاعِي إِلَيْهِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ، فَهَذَا دَلَالَةُ الِاخْتِيَارِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَ العَبْدُ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا فَدُفِعَ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ قَطْعِ اليَدِ فَالعَبْدُ صُلْحٌ بِالجِنَايَةِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتِقْهُ رُدَّ عَلَى المَوْلَى وَقِيلَ لِلْأَوْلِيَاءِ اُقْتُلُوهُ أَوْ اُعْفُوا عَنْهُ) وَوَجْهُ ذَلِكَ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ وَسَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ بَاطِلًا؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ كَانَ عَنِ المَالِ؛ لِأَنَّ أَطْرَافَ العَبْدِ لا يَجْرِي القِصَاصُ بَيْنَهَا

قوله: ثُمَّ مَاتَ مِنْ قَطْعِ اليَدِ فَالعَبْدُ صُلْحٌ بِالجِنَايَةِ، وهذا يشكل على أصل أبي حنيفة رحمه الله، وهو أن العفو عن قطع اليد عنده لا يكون عفوًا عن السراية والجناية، فالصلح عن القطع على العبد يجب أن لا يكون صلحاً عن الجناية أيضاً.

والجواب أن بالسراية يتبين بطلان الصلح عن القطع؛ لأن حقه في النفس دون اليد فيبطل الدفع أيضاً بناءً على قطع اليد، ولكن يثبت عند الإعتاق صلح جديد بينهما، أمّا في جانب المولى فلا شك؛ لأنه رضي بدفع العبد بجناية القطع فيكون أرضى بدفعه بجناية القتل، وكذا من جانب المجنى عليه؛ لأنه لمّا أقدم على إعتاق العبد المدفوع مع علمه أن العتق ممّا لا ينفسخ، ولو سرى يبطل الدفع، ويجب عليه الرد، ويعجز عن الرد بسبب العتق، كان راضياً بكونه بدل القطع وما يحدث منه دلالةً، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وَبَيْنَ أَطْرَافِ الحُرِّ فَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ المَالَ غَيْرُ وَاجِبٍ، وَإِنَّمَا الوَاجِبُ هُوَ القَوَدُ فَكَانَ الصُّلْحُ وَاقِعًا بِغَيْرِ بَدَلٍ فَبَطَلَ وَالبَاطِلُ لا يُورِثُ الشُّبْهَةَ، كَمَا إِذَا وَطِئَ المُطَلَّقَةَ الثَّلاثَ فِي عِدَّتِهَا مَعَ العِلْمِ بِحُرْمَتِهَا عَلَيْهِ فَوَجَبَ القِصَاصُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَهُ؛ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ تَصْحِيحَ الصُّلْحِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ أَقْدَمَ عَلَى تَصَرُّفٍ يَقْصِدُ تَصْحِيحَهُ وَلا صِحَّةَ لَهُ إِلَّا وَأَنْ يُجْعَلَ صُلْحًا عَنِ الجِنَايَةِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا، وَلِهَذَا لَوْ نَصَّ عَلَيْهِ وَرَضِيَ المَوْلَى بِهِ يَصِحُّ وَقَدْ رَضِيَ المَوْلَى بِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِ العَبْدِ عِوَضًا عَنِ القَلِيلِ يَكُونُ أَرْضَى بِكَوْنِهِ عِوَضًا عَنِ الكَثِيرِ فَإِذَا أُعْتِقَ يَصِحُّ الصُّلْحُ فِي ضِمْنِ الإِعْتَاقِ ابْتِدَاءً وَإِذَا لَمْ يُعْتِقْ لَمْ يُوجَدِ الصُّلْحُ ابْتِدَاءً وَالصُّلْحُ الأَوَّلُ وَقَعَ بَاطِلًا فَيُرَدُّ العَبْدُ إِلَى المَوْلَى وَالأَوْلِيَاءُ عَلَى خِيَرَتِهِمْ فِي العَفْوِ وَالقَتْلِ.

وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: رَجُلٌ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا فَصَالَحَ القَاطِعُ المَقْطُوعَةَ يَدَهُ

قوله: لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ تَصْحِيحَ الصُّلْحِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ يَقْدَمُ عَلَى تَصَرُّفٍ يَقْصِدُ تَصْحِيحَهُ وَلا صِحَّةَ لهذا الصلح بدون أَنْ يُجْعَلَ صُلْحًا عَنِ الجِنَايَةِ.

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِ العَبْدِ عِوَضًا عَنِ القَلِيلِ - وهو اليد - يَكُونُ أَرْضَى بِكَوْنِهِ عِوَضًا عَنِ الكَثِيرِ، وهو السراية إلى النفس.

قوله: وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي: في بعض نسخ «الجامع الصغير»، وبه صرَّح فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير» وقال: وقد ذكر في بعض نسخ هذا الكتاب هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، فوجه المخالفة بين الوضعين هو أن في الوضع الأول الجاني عبد فدفع العبد بدون ذكر لفظ الصلح، وفي الثاني الجاني حر والعبد بدل الصلح.

عَلَى عَبْدٍ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَهُ المَقْطُوعَةُ يَدُهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَالعَبْدُ صُلْحٌ بِالجِنَايَةِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الرِّوَايَةِ. وَهَذَا الوَضْعُ يَرِدُ إِشْكَالًا فِيمَا إِذَا عَفَا عَنِ اليَدِ ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ حَيْثُ لا يَجِبُ القِصَاصُ هُنَالِكَ، وَهَاهُنَا قَالَ يَجِبُ. قِيلَ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا جَوَابُ القِيَاسِ فَيَكُونُ الوَضْعَانِ جَمِيعًا عَلَى القِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ. وَقِيلَ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَوَجْهُهُ أَنَّ العَفْوَ عَنِ اليَدِ صَحَّ ظَاهِرًا؛ لِأَنَّ الحَقَّ كَانَ لَهُ فِي اليَدِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ فَيَصِحُّ العَفْوُ ظَاهِرًا، فَبَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ بَطَلَ حُكْمًا يَبْقَى مَوْجُودًا حَقِيقَةً فَكَفَى ذَلِكَ لِمَنْعِ وُجُوبِ القِصَاصِ. أَمَّا هَاهُنَا الصُّلْحُ لا يُبْطِلُ الجِنَايَةَ بَلْ يُقَرِّرُهَا حَيْثُ صَالَحَ عَنْهَا عَلَى مَالٍ، فَإِذَا لَمْ يُبْطِلِ الجِنَايَةَ لَمْ تَمْتَنِعِ العُقُوبَةُ، هَذَا إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ، أَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

قوله: إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الرِّوَايَةِ، يعني: وإن لم يعتقه رده إلى مولاه ثم يقال لأولياء الجناية: إمَّا أن تقتلوا، وإمَّا أن تعفوا.

قوله: وَهَذَا الوَضْعُ يَرِدُ إِشْكَالًا فِيمَا إِذَا عَفَا عَنِ اليَدِ، والإشارة بقوله: وَهَذَا الوَضْعُ، إلى الوضع الثاني، وإنما خص هذا الوضع بوروده إشكالًا؛ لأن دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو؛ لأنه ينبيء عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول؛ لأن الدفع ثمَّة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع، فلمَّا لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد إشكالًا على مسألة العفو.

قوله: حَيْثُ لا يَجِبُ القِصَاصُ هُنَالِكَ؛ - لأنه قال هناك: وهو عفو عن النفس - وَهَاهُنَا قَالَ يَجِبُ؛ لأنه قال: وقيل للأولياء اقتلوه.

قوله: أَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ، إلى آخره.

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ جِنَايَةً وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَعْتَقَهُ المَوْلَى وَلَمْ يَعْلَمْ بِالجِنَايَةِ فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ، وَقِيمَةٌ لِأَوْلِيَاءِ الجِنَايَةِ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ بِكُلِّ القِيمَةِ عَلَى الِانْفِرَادِ: الدَّفْعُ لِلْأَوْلِيَاءِ، وَالبَيْعُ لِلْغُرَمَاءِ، فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ. وَيُمْكِنُ الجَمْعُ بَيْنَ الحَقَّيْنِ إِيفَاءً مِنَ الرَّقَبَةِ الوَاحِدَةِ بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ ثُمَّ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ فَيَضْمَنُهَا بِالإِتْلَافِ،

قوله: فَأَعْتَقَهُ المَوْلَى وَلَمْ يَعْلَمْ بِالجِنَايَةِ، قيِّد بعدم العلم ليبني عليه **قوله:** فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ؛ لأنه لو أعتقه وهو عالم بجنايته كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأولياء الجناية وقيمة العبد لصاحب الدين؛ لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية موجب للأرش دون القيمة على ما مرَّ في الكتاب.

وذكر في «المبسوط»: فيما إذا جنى العبد جنايتين على التفاوت بأن قتل رجلًا خطأً وفقأ عين آخر إن أعتقه المولى وهو يعلم بالجنايتين فهو مختار للفداء، فكان عليه خمسة عشر ألفاً في ماله؛ لأنه فوت محل الدفع بالإعتاق بعد العلم بالجناية وذلك منه اختيار للفداء دلالةً فهو كالتصريح بالاختيار.

قوله: وَيُمْكِنُ الجَمْعُ بَيْنَ الحَقَّيْنِ إِيفَاءً مِنَ الرَّقَبَةِ الوَاحِدَةِ بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ ثُمَّ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ، والأصل في هذا هو أن العبد إذا قتل رجلًا خطأً وعلى العبد دين يخير المولى بين الدفع والفداء، فإن اختار الدفع بيع لأجل الغرماء في الدين، فإن فضل منه شيء كان لأصحاب الجناية، وإنما بدأنا بالدفع أولًا؛ لأنا إذا دفعنا أولًا كان جمعاً بين الحقين، فإن حق أولياء الجناية صار موفًّى بالدفع ثم يباع بعده لأرباب الدين، ومتى بدأنا بالدين أولًا تعذر الدفع بالجناية؛ لأنه تجدد الملك للمشتري ولم يوجد في يده جناية.

فإن قيل: فما فائدة الدفع إذا بيع في الدين بعد ذلك؟ قلنا: فائدته أن يثبت له حق الاستخلاص بالفداء فإن للناس أغراضاً في الأعيان، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية؛

بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ لِلْمَوْلَى وَيَدْفَعُهَا الْمَوْلَى إِلَى الغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّ الأَجْنَبِيَّ إِنَّمَا يَضْمَنُ لِلْمَوْلَى بِحُكْمِ المِلْكِ فَلَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَتِهِ الحَقُّ؛ لِأَنَّهُ دُونَهُ، وَهَاهُنَا يَجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِإِتْلَافِ الحَقِّ فَلَا تَرْجِيحَ فَيَظْهَرَانِ فَيَضْمَنُهُمَا.

لأن موجب الجناية صيرورته حرًّا فإذا كان مشغولًا وجب دفعه مشغولًا، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية؛ لأنه بيع على ملكهم، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول، ولو دفعه المولى إلى أولياء الجناية لم يضمن لأصحاب الدين شيئاً استحساناً، والقياس أن يضمن بالقيمة؛ لأن الدفع وإن كان واجباً ولكن الملك لم يكن ثابتاً، وإنما يثبت بدفعه لهم فصار كما لو باعه منهم.

وجه الاستحسان أن هذا حكم مستحق عليه، ألا ترى أن القاضي يجبرُه على ذلك فإذا فعل عين ما هو مستحق عليه لم يضمن به شيئاً، ولو دفع إلى أصحاب الدين بدينهم كان مختارًا للجناية ولزمه الأرش إن كان عالماً والقيمة إن لم يكن عالماً؛ لأن ما فعل غير مستحق عليه بل المستحق عليه الدفع إلى أولياء الجناية ثم يباع في الدين على ملكهم، فكان دفعه بالدين تفويتاً للدفع إلى الأولياء فيضمن.

ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عنده ثم حضر أصحاب الجناية ولا فضل في الثمن فقد سقط حق ولي الجناية؛ لأن القاضي لا يلزمه عهدة فيها يصنع وهو بمنزلة الأمين، ولو فسخ البيع ودفع بالجناية لاحتجنا إلى البيع فلا يفسخ، بخلاف المولى إذا باع؛ لأنه يجوز أن يجب عليه الضمان بفعله، هكذا في «الإيضاح».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ، أي: إذا أتلف الرجل الأجنبي العبد المأذون المديون لا يضمن للغرماء، وإنما يضمن للمولى ثم المولى يدفع تلك القيمة إلى الغرماء.

قوله: فَلَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَتِهِ الحَقُّ، أي: حق الدفع؛ لأن حق الدفع دون الملك.

قوله: فَيَضْمَنُهُمَا، أي: فيضمن المولى بالإعتاق لصاحب الدين وولي الجناية.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الأَمَةُ المَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا ثُمَّ وَلَدَتْ فَإِنَّهُ يُبَاعُ الوَلَدُ مَعَهَا فِي الدَّيْنِ، وَإِنْ جَنَتْ جِنَايَةً لَمْ يُدْفَعَ الوَلَدُ مَعَهَا)،

قوله: وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الأَمَةُ المَأْذُونُ لَهَا ... ثُمَّ وَلَدَتْ فَإِنَّهُ يُبَاعُ الوَلَدُ مَعَهَا، وإنما وضع المسألة هكذا، أي: فيما إذا ولدت بعد الاستدانة؛ لأنها إذا ولدت ثم لحقها الدين بعد ذلك لم يتعلق حق غرمائها بولدها، وأمَّا الأموال التي حصلت لها بطريق الهبة، أو الصدقة، أو بالتجارة، فهي أحق بها من مولاها في أداء دينها بها، ويستوي في ذلك إن كانت اكتسبت قبل لحوق الدين أو بعد لحوق الدين؛ لأن يدها في الكسب يد معتبرة حتى لو نازعها فيه إنسان كانت خصماً له، فباعتبار بقاء يدها تبقى حاجتها فيه مقدماً، بخلاف ما إذا كان أخذُ المولى منها قبل أن يلحقها الدين.

وهذا بخلاف ما إذا ولدت قبل أن يلحقها الدين؛ لأن ولدها ليس من كسبها ولكنه جزء متولد من عينها، فكما أن نفسها لا تكون من كسبها فكذلك ولدها، إلا أن نفسها تباع في الدين لالتزام المولى ذلك بالإذن لها في التجارة وذلك لا يوجد في حق الولد، ولو تعلق به حق الغرماء إنَّما يكون بطريق السراية ولا سراية بعد الانفصال؛ لأن الولد بعد الانفصال نفس على حدة.

وهذا بخلاف ما إذا كان الدين لحقها قبل أن تلد ثم ولدت؛ لأن حق الغرماء تعلق بها في حال ما كان الولد جزءًا متصلًا بها، فيسري إلى الولد بحكم الاتصال فيفصل على تلك الصفة.

وهذا بخلاف الدفع بالجناية، فإن الجانية إذا ولدت لا حق لأولياء الجناية في ولدها؛ لأن حقهم هناك في بدل المتلف وهو أرش الجناية، أو في نفسها جزاءً على الجناية، ولكن ذلك ليس بحق متأكدٍ؛ بدليل يمكن المولى من التصرف فيه كيف شاء بالبيع وغيره فلهذا لا يسري إلى الولد، وهاهُنا حق الغرماء متأكد في ذمتها يتعلق بماليتها بصفة التأكد؛ بدليل أنه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل إلى الغرماء حقهم فيسري هذا الحق المتأكد إلى الولد، كذا ذكره في باب الدين يلحق المأذون من مأذون «المبسوط».

وذكر شيخ الإسلام في «مبسوطه»: أن الدين حق مستقر في الأمة حتى صار المولى

وَالفَرْقُ أَنَّ الدَّيْنَ وَصْفٌ حُكْمِيٌّ فِيهَا وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا اسْتِيفَاءً فَيَسْرِي إِلَى الوَلَدِ كَوَلَدِ المَرْهُونَةِ، بِخِلَافِ الجِنَايَةِ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ الدَّفْعِ فِي ذِمَّةِ المَوْلَى لا فِي ذِمَّتِهَا، وَإِنَّمَا يُلَاقِيهَا أَثَرُ الفِعْلِ الحَقِيقِيِّ وَهُوَ الدَّفْعُ،

ممنوعـاً من بيعها وهبتها، فكان كحق الكتابة والتدبير لمَّا كان حقًّا مستقرًّا في الرقبة سري إلى الولد، وكالأضحية إذا ولدت سري إلى ولدها؛ لأنه ثبت للغير حق مستقر حتى صار صاحبها ممنوعـاً من الانتفاع بها من حلبها وجزِّ صوفها، بخلاف القصاص فإنه لا يسري إلى الولد؛ لأن المستحق بالقصاص الروح لا الرقبة والولد يتولد من الرقبة لا من الروح، أمَّا الدين فإنه يتعلق برقبتها حتى صار المولى ممنوعـاً من التصرف في رقبتها.

بخلاف الجناية فإنَّها لا تسري إلى الولد؛ لأنه ليس لولي الجناية حق مستقر في العين حتى لم يصر المولى ممنوعـاً من التصرف في العين بالبيع، والهبة، والاستخدام، فلذلك لم يسر إلى الولد كحق الفقير في قدر الزكاة بعد الحول؛ لأنه لمَّا لم يمنع صاحب المال من التصرف لم يسر إلى الولد المتولد من مال الزكاة.

قوله: أَنَّ الدَّيْنَ وَصْفٌ حُكْمِيٌّ فِيهَا وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا اسْتِيفَاءً، فإن قلتَ: لو كان الدين واجبـاً في ذمتها متعلقـاً برقبتها لما ضمن المولى قيمتها بالإعتاق، وقد مرَّ في المأذون: وإذا أعتق المولى العبدَ المأذونَ وعليه ديون كان ضامنـاً لقيمته للغرماء، فإتلاف المديون غير موجب للضمان لرب الدين، كما لو أتلف إنسان مديون غيره لا يضمن لرب الدين دينه، بل يضمن لولي القتيل ديته إذا كان القتل خطأً على ما مرَّ آنفـاً في قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ.

قلتُ: وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى إنما كان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم بيعـاً واستيفاءً من ثمنه، لا باعتبار وجوب الدين على المولى، ألا ترى أن الغرماء يتبعون العبد بعد العتق بما بقي من ديونهم لا المولى، ولو كان وجوب الدين على المولى لطالبوا المولى بجميع ديونهم، كما يطالب مولى العبد الجاني إذا أعتقه بعد العلم بجنايته

وَالسِّرَايَةُ فِي الأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ دُونَ الأَوْصَافِ الحَقِيقِيَّةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ لِرَجُلٍ زَعَمَ رَجُلٌ آخَرُ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ فَقَتَلَ العَبْدُ وَلِيًّا لِذَلِكَ

بجميع الدية؛ لما أن حق ولي الجناية واجب على المولى بالدفع أو بالفداء.

وأمَّا إذا قتل إنسان مديون غيره إنما لا يضمن لرب الدين دينه فللزوم الأقوى بمقابلة الأضعف؛ لأن القاتل لو ضمنه إنما يضمنه بحكم الملك، أي: بتملك الدين الذي في ذمة المديون في ضمن ضمانه لرب الدين مثله فهو لا يصح؛ لأن ما يؤديه عين وما يتملكه وصف في الذمة والعين أقوى من الوصف، والمماثلة مرعيَّة في ضمان العدوان فلا يجب الأقوى بمقابلة الأضعف، وأمَّا وجوب الدية عليه لولي القتيل فبالشرع صيانةً للدم عن الهدر، فمعنى التملك فيه غير منظور إليه.

قوله: وَالسِّرَايَةُ فِي الأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ، أي: سراية الحكم وتجاوزه من الأم إلى الولد إنما تكون في الأوصاف الشرعية لا في الأوصاف الحقيقية، فوجوبُ الدفع أثر الفعل الحقيقي فلذلك لم يسر إلى الولد.

فإن قلتَ: يشكل على هذا بسراية وجوب الدفع إلى الأرش الذي أخذه المولى بسبب جناية جنى عليها، حيث يدفع المولى ذلك الأرش معها إلى ولي الجناية الذي جنت الأمة في حقه، فلو كان عدم السراية إلى الولد باعتبار أن الدفع فعل حقيقي فلا يسري أثره، لكان ينبغي أن لا يسري إلى الأرش أيضاً بالطريق الأَوْلَى؛ لما أن الولد جزء منها وأرشها ليس بجزء منها، فلمَّا لم يسر إلى جزئها باعتبار أنه أثر فعل حقيقي كان أَوْلَى أن لا يسري إلى ما هو ليس بجزء منها.

قلتُ: لا كذلك بل يسري إلى الأرش ولا يسري إلى الولد لمعنى، وهو أن حق ولي الجناية كان ثابتاً فيها بجميع أجزائها، والأرش عوض عن الجزء الفائت فيها فيثبت حقه في عوض جزء منها أيضاً؛ لما أن الجزء معتبر بالكل، فلمَّا استحقها ولي الجناية عند الدفع كان مستحقًّا لها بجميع أجزائها أصالةً وعوضاً، وأرشها عوض جزئها فيستحقه أيضا لذلك، ألا ترى أنَّها لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفع تلك القيمة إلى ولي الجناية فكذلك إذا

الرَّجُلِ الزَّاعِمِ خَطأً فَلَا شَيْءَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ مَوْلاهُ أَعْتَقَهُ فَقَدِ ادَّعَى الدِّيَةَ عَلَى العَاقِلَةِ وَأَبْرَأَ العَبْدَ وَالمَوْلَى إِلَّا أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ عَلَى العَاقِلَةِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ.

قَالَ: (وَإِذَا أُعْتِقَ العَبْدُ فَقَالَ لِرَجُلٍ قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطأً وَأَنَا عَبْدٌ وَقَالَ الآخَرُ قَتَلْتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ فَالقَوْلُ قَوْلُ العَبْدِ)؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِلضَّمَانِ لِمَا أَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ، إِذِ الكَلَامُ فِيمَا إِذَا عُرِفَ رِقُّهُ، وَالوُجُوبُ فِي جِنَايَةِ العَبْدِ عَلَى المَوْلَى دَفْعًا أَوْ فِدَاءً،

أخذ عوض جزءٍ منها، وأمَّا الولد فليس بعوض منها ولا من جزئها فلا يستحقه ولي الجناية لذلك، إلى هذا أشار في باب جناية العبد من ديات «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ مَوْلاهُ أَعْتَقَهُ فَقَدِ ادَّعَى الدِّيَةَ عَلَى العَاقِلَةِ وَأَبْرَأَ العَبْدَ، أي: من كل الدية لا من قسطه في الدية، وإبراء المولى أيضاً فلا يقبل زعمه على العاقلة فلذلك لم تثبت الدية له أصلًا.

وحاصل هذا أن المجنى عليه لمَّا زعم أن الجانِي حر كان زاعماً أن موجب جنايته على عاقلته، وأن رقبته غير مستحقة له، وزعمه معتبر فلذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الإقرار، وكذلك لا شيء له على المولى أيضاً؛ لأنه لم يدع على المولى بعد الجناية إعتاقاً حتي يصير المولى به مختارًا للفداء، أو مستهلكاً حق المجنى عليه بالإعتاق، وكذلك لا شيء له على العاقلة بغير حجة وهو ظاهر.

ووضع المسألة في «المبسوط» فيما إذا جنى العبد جناية خطأ ثم أقرَّ المجنى عليه أنه حرٌّ قبل الدفع إليه، وجعل في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان، وأمَّا لو أقرَّ المجنى عليه بعد الدفع إليه به فهو حر؛ لأنه يملكه بالدفع وقد أقرَّ بحريته فيعتق لإقراره، إلى هذا المجموع أشار في «المبسوط».

قوله: إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ، أي: معلومة.

وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ البَالِغُ العَاقِلُ طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا صَبِيٌّ أَوْ بِعْتُ دَارِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أَوْ قَالَ طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ بِعْتُ دَارِي وَأَنَا مَجْنُونٌ وَقَدْ كَانَ جُنُونُهُ مَعْرُوفًا كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً ثُمَّ قَالَ لَهَا قَطَعْتُ يَدَكَ وَأَنْتِ أَمَتِي وَقَالَتْ قَطَعْتَهَا وَأَنَا حُرَّةٌ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أُخِذَ مِنْهَا إِلَّا الجِمَاعَ وَالغَلَّةَ اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَضْمَنُ إِلَّا شَيْئًا قَائِمًا بِعَيْنِهِ

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ البَالِغُ العَاقِلُ طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أو أقرَّ رجل بأنه كان أقرَّ وهو صبي لفلان بألف درهم، وقال المقر له: بل أقررتَ بها لي بعد البلوغ، فالقول قول المقر مع يمينه؛ لأنه أضاف الإقرار إلى حالة معهودة تنافي الوجوب به، فإن قول الصبي هدر في الإقرار، والصبا حالة معهودة في كل أحد فكان هو في المعنى منكرًا للمال لا مقرًّا به.

فإن قيل: هو قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله.

قلنا: المصير إلى هذا الترجيح بعد ثبوت أصل السبب ملزماً، وإذا كان الإقرار في حالة الصبا غير ملزم أصلًا فلم يكن هو مدعياً للتاريخ بالإضافة إليه، بل يكون منكرًا لأصل المال عليه كمن يقول لعبده: أعتقتك قبل أن أخلق، أو قبل أن تخلق، كذا في باب إضافة الإقرار إلى حالة الصغر من إقرار «المبسوط».

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أراد به قوله: لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِلضَّمَانِ.

قوله: إِلَّا الجِمَاعَ وَالغَلَّةَ اسْتِحْسَانًا، بأن قال: جامعتُك وأنت أمتي، أو أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي، فقالت: بل كان ذلك بعد العتق، فإن القول قول المولى الذي هو المقر.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَضْمَنُ إِلَّا شَيْئًا قَائِمًا بِعَيْنِهِ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا، يعني: لو كان أقرَّ بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه، أجمعوا

يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا)؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ وُجُوبَ الضَّمَانِ لِإِسْنَادِهِ الفِعْلَ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لَهُ كَمَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى وَكَمَا فِي الوَطْءِ وَالغَلَّةِ. وَفِي الشَّيْءِ القَائِمِ أَقَرَّ بِيَدِهَا حَيْثُ اعْتَرَفَ بِالأَخْذِ مِنْهَا ثُمَّ ادَّعَى التَّمَلُّكَ عَلَيْهَا وَهِيَ مُنْكِرَةٌ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ فَلِهَذَا يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إِلَيْهَا، وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبَرِّئُهُ فَلَا يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ فَقَأْتُ عَيْنَكَ اليُمْنَى وَعَيْنِي اليُمْنَى صَحِيحَةٌ ثُمَّ

في ذلك على أنه يرد ذلك عليها.

قوله: وَفِي الشَّيْءِ القَائِمِ، إلى آخره، جواب عن هذه المسألة المجمع عليها، كَمَا إِذَا قَالَ: فَقَأْتُ عَيْنَكَ اليُمْنَى وَعَيْنِي اليُمْنَى صَحِيحَةٌ ثُمَّ فُقِئَتْ، يريد بهذا إبرائه عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً، والمقر له يقول: لا بَلْ فَقَأْتَهَا وَعَيْنُكَ اليُمْنَى مَفْقُوءَةٌ، يدعي وجوب نصف الدية عليه، وحاصل هذا أن جنس العضو الذي أتلفه المتلف لو كان منه صحيحاً ثم سقط يسقط القصاص أيضاً؛ وهذا لأن حق المجنى عليه متحقق متعين في القصاص بطريق الأصالة، على ما مرَّ من أصل أصحابنا أن موجب العمد القود على سبيل التعيين، وله أن يعدل إلى المال، وقبل أن يعدل الحق من القصاص إذا فات المحل بطل الحق، هكذا ذكر في «الإيضاح».

ثم ذكر فيه في باب الجوارح الناقصة: لو كانت يد القاطع صحيحة ثم شلت بعد القطع فلا حق للمقطوع في الأرش؛ لأن حقه ثبت ابتداءً في يده من غير خيار، ولو ذهب الكل بآفة سقطَ حقه ولم ينتقل إلى الأرش فكذا إذا نقصت بآفة.

فإن قلتَ: هذا الذي ذكرتَه حسن ولكن ذلك في غير العين من الأعضاء، أمَّا في العين فلا قصاص سوى في إذهاب الضوء منها فإنه لا يجب القصاص في فقأ العين وتقويرها، لأنه ذكر في الكتاب في أوائل باب القصاص فيما دون النفس بقوله: ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه، وهكذا أيضا ذكر في «الإيضاح»، و«الذخيرة» وقال: ولا قصاص في العين إذا قورت عمدًا، أو انخسفت، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوءها، وقال

فُقِئَتْ وَقَالَ المُقِرُّ لَهُ: لا بَلْ فَقَأْتَهَا وَعَيْنُك اليُمْنَى مَفْقُوءَةٌ فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُقَرِّ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا أَسْنَدَهُ إلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ يَدَهَا لَوْ قَطَعَهَا وَهِيَ مَدْيُونَةٌ، وَكَذَا يَضْمَنُ مَالَ الحَرْبِيِّ إذَا أَخَذَهُ وَهُوَ مُسْتَأْمَنٌ، بِخِلَافِ الوَطْءِ وَالغَلَّةِ؛ لِأَنَّ وَطْءَ المَوْلَى أَمَتَهُ المَدْيُونَةَ لا يُوجِبُ العُقْرَ، وَكَذَا أَخْذُهُ مِنْ غَلَّتِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مَدْيُونَةً لا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَيْهِ فَحَصَلَ الإِسْنَادُ إلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ. قَالَ: (وَإِذَا أَمَرَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا حُرًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ فَعَلَى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ

في «المنتقى»: قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا قصاص في قلع الحدقة، وإنما القصاص في العين إذا ضربها فذهب ضوؤها.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أنه ذكر في «الذخيرة» بعد ما ذكر هذه الروايات التي ذكرتها محيلًا إلى «الأجناس»: أنه لو ضرب عين إنسان بإصبعه ضربة خفيفة فذهب ضوءها وقد تعمد ذلك ففيه القصاص، فيجوز أن يحمل ما ذكره في الكتاب على تلك الرواية.

وذكر في «الذخيرة» أيضاً محيلًا إلى «الأصل»: إذا فقئت العين عمدًا فذهب نورها ولم تنخسف ففيها القصاص؛ لأن اعتبار المساواة ممكن متى لم تنخسف العين، بخلاف ما لو انخسفت العين فكان ما ذكره في الكتاب محمولًا على فقأ عين ذهب نورها من غير انخساف على ما ذكر في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

قوله: لِأَنَّ وَطْءَ المَوْلَى أَمَتَهُ المَدْيُونَةَ لا يُوجِبُ العُقْرَ؛ لأن حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها؛ لأنَّها ليست بمال، و كذلك أخذ الغلة فإن المولى إذا ضرب على عبده غلة وهو مديون يصح، ولو أخذ لا يكون مضمونـًا على المولى فكان منكرًا لا مقرًّا، كذا ذكره الإمام الكشاني رحمه الله.

قوله: وَإِذَا أَمَرَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا، أي: صبيًّا حرًّا؛ لأن هذا الحكم وهو وجوب الدية على عاقلة الصبي على تقدير القتل إنما يستقيم أن لو كان الصبي المأمور حرًّا؛

الدِّيَةُ)؛

إذ لو كان عبدًا كان مولاه مخيرًا بين الدفع والفداء، ثم بعد الدفع أو الفداء يرجع مولى العبد القاتل على العبد المحجور الآمر بعد العتاق بقيمة عبده القاتل.

وحاصل هذا أن الآمر والمأمور بالقتل إمَّا إن اتحد حالهما أو اختلف، وكل منهما على وجوه؛ لأنه إن اتحد حالهما فلا يخلو: إمَّا أن كانا حرين بالغين، أو صبيين، أو عبدين بالغين مأذونين، أو محجورين، أو مكاتبين.

وإن اختلف حالهما إمَّا أن كان الآمر حرًّا كبيرًا والمأمور صبيًّا حرًّا أو عبدًا، أو كان الآمر عبدًا كبيرًا محجورًا، أو مأذونـًا، والمأمور صبيًّا حرًّا، أو عبدًا، فإن كانا حرين بالغين بأن يأمر حرٌّ بالغٌ حرًّا بالغـًا آخر بقتل رجل فقتله خطأ فإنه لا يرجع على الآمر بحال؛ لأنه لم يصح الأمر ولا يأتمر المأمور بأمر مثله خصوصـًا في القتل.

وكذلك الآمر إذا كان بأيٍّ وصفٍ كان بعد أن كان المأمور الحر مختارًا غير مكره في القتل لا يرجع على الآمر، وكذلك لو كانا صبيين فقتل الصبي المأمور رجلًا عمدًا أو خطأً لا يرجع عاقلة الصبي القاتل على عاقلة الصبي الآمر؛ لان أمر الصبي باطل فيجعل وجوده كعدمه، ولهذا لا يصح إقرار الصبي الآمر ولا كفالته، ولا يؤاخذ الصبي بضمان القول، فعلى هذا لا يتفاوت أن يكون الآمر والمأمور بأي وصفٍ كانا بعد أن كانا صبيين، سواء كانا حرين، أو عبدين، أو أحدهما حرٌّ والآخر عبدٌ لا يرجع الصبي المأمور بالقتل إذا قتله على الصبي الآمر، حتى لو كان الآمر عبدًا صغيرًا محجورًا أو مأذونـًا، والمأمور كبير أو مثله لم يرجع مولى الجانِي على الآمر في الحال ولا بعد الإعتاق لما قلنا.

أمَّا لو كان الآمر حرًّا كبيرًا والمأمور صغيرًا فقتله فالدية على عاقلة الصبي، ثم يرجع بذلك عاقلة الصبي على عاقلة الآمر؛ لأنه استعمله في أمره ولحقه فيه ضمان فيضمن، ألا ترى أنه لو دفع إليه سكينـًا ليحفظه فوقع السكين من يده فجرحه، أو بعثه في حاجته فهلك فيه يضمن الدافع والباعث، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: هذا ضمان لزمه بالقول وهو الأمر فلا تتحمله العاقلة، كما لو أقرَّ بقتل،

لِأَنَّهُ هُوَ القَاتِلُ حَقِيقَةً،

أو شهد على رجل بقتل فقضى به وقتله الولي ثم رجع فالضمان في ماله دون العاقلة.

قلنا: بلى الضمان بالقول ولكن قول لا يحتمل الكذب وهو كالفعل المعاين حكماً فتضمن العاقلة وإن كان قولًا في نفسه، كرجل أشهد عليه في حائط مائل فلم يهدمه حتى سقط فقتل رجلًا، كان الضمان على العاقلة وإن كانت الجناية لزمته بالقول وهو الإشهاد؛ لما أن الإشهاد لا يحتمل الكذب، كذلك هاهنا، بخلاف الإقرار والشهادة؛ لأنه يحتمل الصدق والكذب.

ولو كانا عبدين بالغين فلا يخلو: إمَّا أن كانا محجورين أو مأذونين، فإن كان كلاهما محجورًا بأن أمر عبد محجور عبدًا محجورًا وهما كبيران، أو الآمر كبير والمأمور صغير بقتل رجل فقتله يخير مولى المأمور بين الدفع والفداء في عبده، وأيّ ذلك فعل لا سبيل له على الآمر ومولاه حتى يعتق، فإذا عتق الآمر حينئذٍ يرجع مولى المأمور على الآمر فيأخذ منه قيمة عبده المأمور؛ لأنا جعلنا الأمر بالقتل كالإقرار بالغصب، وفي الإقرار بالغصب لا يؤاخذ به في الحال وإنما يؤاخذ به بعد العتاق، فكذلك هاهنا.

وإن كان كلاهما مأذونين، أو الآمر عبدًا مأذوناً والمأمور عبدًا محجورًا، صغيرًا أو كبيرًا فقتله المأمور يخير مولى الجانِي بين الدفع والفداء، وأي ذلك فعل رجع في رقبة العبد الآمر بقيمة عبده يباع فيه أو يفدي؛ لأن الآمر بالأمر صار غاصباً للمأمور فصار كإقراره بالغصب، والمأذون لو أقرَّ بغصب مال لزمه في الحال فيباع فيه أو يفدي فكذا إذا أمر، هذا إذا كان المأمور عبدًا.

وأمَّا إذا كان المأمور بقتل رجل صبيًّا حرًّا والآمر عبدًا مأذوناً أو محجورًا، فقتل الصبي المأمور بقتله ذلك الرجل ضمن عاقلة الصبي الدية مؤجلة في ثلاث سنين، فلا رجوع لهم على العبد وإن كان مأذوناً له في التجارة؛ لأن هذا الضمان ليس بضمان الغصب؛ لأن الحر لا يغصب، وإنما هذا ضمان جناية وجناية العبد لا تلزمه بعد العتاق، ألا ترى أنه لو باشر الجناية ثم أعتقه مولاه لا يطالب هو بحكم تلك الجناية، كذا هنا بل بالطريق

وَعَمْدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ (وَلا شَيْءَ عَلَى الآمِرِ) وَكَذَا إِذَا كَانَ الآمِرُ صَبِيًّا؛ لِأَنَّهُمَا لا يُؤَاخَذَانِ بِأَقْوَالِهِمَا؛ لِأَنَّ المُؤَاخَذَةَ فِيهَا بِاعْتِبَارِ الشَّرْعِ وَمَا اُعْتُبِرَ قَوْلُهُمَا، وَلا رُجُوعَ لِعَاقِلَةِ الصَّبِيِّ عَلَى الصَّبِيِّ الآمِرِ أَبَدًا، وَيَرْجِعُونَ عَلَى العَبْدِ الآمِرِ بَعْدَ الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الِاعْتِبَارِ لِحَقِّ المَوْلَى وَقَدْ زَالَ لا لِنُقْصَانِ أَهْلِيَّةِ العَبْدِ، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّهُ قَاصِرُ الأَهْلِيَّةِ.

الأَوْلَى؛ لأنه لمَّا لم يؤاخذ العبد بعد العتاق بموجب جناية باشرها في الرقِّ وجبَ أن لا يؤاخذ بموجب جناية أقرَّ بِها بعد العتاق بالطريق الأَوْلَى، وهو أن أمره بالقتل كالإقرار بالجناية؛ لأن كلًّا منهما مولى.

ولو أقرَّ بالجناية لم يلزمه شيء أصلًا لا في الحال ولا بعد العتاق، سواء كان عبدًا محجورًا أو مأذونـًا؛ لأن الإذن بالتجارة إذن بما يختص بالتجارة، والإقرار بالجناية ليس من توابع التجارة فكان إقرار المأذون والمحجور فيه سواء، ولو كانا مكاتبين بأن أمر المكاتب مكاتبـًا آخر مثله صغيرًا أو كبيرًا فالجناية في عنق القاتل ولا غرم على الآمر، وكذا لو كان الآمر حرًّا أو عبدًا والمأمور مكاتبـًا فالجناية في عنق المكاتب؛ لأن المكاتب بمنزلة الحر يدًا فلا يصير مضمونـًا بالغصب.

وأحكام صور اختلاف حال الآمر والمأمور اندرجت فيما ذكرنا، هذا كله من «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي، والإمام المحبوبي رحمهما الله.

قوله: وَعَمْدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، أي: قبيل فصل الجنين.

قوله: وَيَرْجِعُونَ عَلَى العَبْدِ الآمِرِ بَعْدَ الإِعْتَاقِ، ففي هذه الرواية نوع ضعف لما ذكرنا من رواية هذين الكتابين.

ودليلهما الظاهر في أنَّهم لا يرجعون على العبد بعد العتق، فكذلك رواية «المغني» أيضـًا محيلًا إلى «الزيادات» توافق تلك الرواية، فقال: ولو أمر العبد المأذون صبيًّا حرًّا بالقتل فدية المقتول على عاقلة الصبي ولا يكون لعاقلة الصبي حق الرجوع على الآمر،

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَرَ عَبْدًا) مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الآمِرُ عَبْدًا وَالمَأْمُورُ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِمَا (يُخَاطَبُ مَوْلَى القَاتِلِ بِالدَّفْعِ أَوِ الفِدَاءِ) وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الأَوَّلِ فِي الحَالِ، وَيَجِبُ أَنْ يَرْجِعَ بَعْدَ العِتْقِ بِأَقَلَّ مِنَ الفِدَاءِ وَقِيمَةِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي دَفْعِ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ القَتْلُ خَطَأً، وَكَذَا إِذَا كَانَ عَمْدًا وَالعَبْدُ القَاتِلُ صَغِيرًا؛ لِأَنَّ عَمْدَهُ خَطَأٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ كَبِيرًا يَجِبُ القِصَاصُ لِجَرَيَانِهِ بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْدِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ رَجُلَيْنِ عَمْدًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلِيَّانِ فَعَفَا أَحَدُ وَلِيَّيْ كُلِّ

وكلامنا فيما إذا كان المأمور صبيًّا حرًّا على ما ذكرنا.

قوله: وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَرَ عَبْدًا، مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الآمِرُ عَبْدًا وَالمَأْمُورُ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِمَا، إلى أن قال: وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الأَوَّلِ فِي الحَالِ، وهذا الذي ذكر من الحكم لا يقتضي أن يكون الآمر والمأمور كلاهما محجورًا عليه لا محالة، بل يكتفى بأن يكون الآمر محجورًا عليه؛ لأنه إذا أمر العبد المحجور العبد المأذون وباقي المسألة بحالها فالحكم كذلك.

أمّا لو كان الآمر عبدًا مأذونًا والمأمور عبدًا محجورًا أو مأذونًا، يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع أو الفداء على رقبة العبد الآمر في الحال بقيمة عبده؛ لأن الآمر بأمره صار غاصبًا للمأمور فصار كإقراره بالغصب، والعبد المأذون لو أقرَّ بالغصب يؤاخذ به في حال رقه، بخلاف المحجور على ما ذكرنا.

فإن قيل: كيف يكون غاصبًا للعبد بالأمر وهو قول، والغصب لا يكون إلا بالنقل والتحويل؟ قلنا: إن لم يوجد منه النقل فقد وجد الأمر بالنقل فأقيم مقام النقل، كمن أمر عبدًا ليحمل له حملًا فحمله وهلك فيه ضمن الآمر وإن لم يوجد منه النقل، لكن لمّا وجد منه الأمر بالنقل أقيم مقامه، كذلك هاهنا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي دَفْعِ الزِّيَادَةِ، أي: لا ضرورة له في إعطاء الزيادة؛ لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد؛ لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما.

وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنَّ المَوْلَى يَدْفَعُ نِصْفَهُ إِلَى الآخَرَيْنِ أَوْ يَفْدِيهِ بِعَشَرَةِ آلافِ دِرْهَمٍ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَفَا أَحَدُ وَلِيِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَقَطَ القِصَاصُ وَانْقَلَبَ مَالًا فَصَارَ كَمَا لَوْ وَجَبَ المَالُ مِنَ الِابْتِدَاءِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الرَّقَبَةِ أَوْ فِي عِشْرِينَ أَلْفًا وَقَدْ سَقَطَ نَصِيبُ العَافِيَيْنِ وَهُوَ النِّصْفُ وَبَقِيَ النِّصْفُ (فَإِنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدَهُمَا عَمْدًا وَالآخَرَ خَطَأً فَعَفَا أَحَدُ وَلِيَّيِ العَمْدِ فَإِنْ فَدَاهُ المَوْلَى فَدَاهُ بِخَمْسَةَ عَشَرَ أَلْفًا خَمْسَةُ آلافٍ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ مِنْ وَلِيَّيِ العَمْدِ وَعَشَرَةُ آلافٍ لِوَلِيَّيِ الخَطَإِ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا انْقَلَبَ العَمْدُ مَالًا كَانَ حَقُّ وَلِيَّيِ الخَطَإِ فِي كُلِّ الدِّيَةِ عَشَرَةَ آلافٍ، وَحَقُّ أَحَدِ وَلِيَّيِ العَمْدِ فِي نِصْفِهَا خَمْسَةَ آلافٍ، وَلَا تَضَايُقَ فِي الفِدَاءِ فَيَجِبُ خَمْسَةَ عَشَرَ أَلْفًا.

(وَإِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ أَثْلَاثًا: ثُلُثَاهُ لِوَلِيَّيِ الخَطَإِ، وَثُلُثُهُ لِغَيْرِ العَافِي مِنْ وَلِيَّيِ العَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: يَدْفَعُهُ أَرْبَاعًا: ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ لِوَلِيَّيِ الخَطَإِ،

قوله: وَإِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ أَثْلَاثًا: ثُلُثَاهُ لِوَلِيَّيِ الخَطَإِ، وَثُلُثُهُ لِغَيْرِ العَافِي مِنْ وَلِيَّيِ العَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: يَدْفَعُهُ أَرْبَاعًا، إلى آخره، وأصل هذا مما اتفقوا عليه هو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة؛ لأنه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه.

أمَّا إذا وجبت قسمة العين ابتداءً لا بسبب دين في الذمة كما في مسألة بيع الفضولي، وهي أن فضوليًّا لو باع عبد إنسان وفضوليّ آخر باع نصفه فأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعـًا، فكانت القسمة بطريق المنازعة؛ لأن الحق الثابت في العين ابتداءً لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة؛ لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال فكانت القسمة بطريق المنازعة.

وَرُبُعُهُ لِوَلِيِّ العَمْدِ) فَالقِسْمَةُ عِنْدَهُمَا بِطَرِيقِ المُنَازَعَةِ، فَيُسَلَّمُ النِّصْفُ لِوَلِيِّي الخَطَإِ بِلَا مُنَازَعَةٍ، وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَةُ الفَرِيقَيْنِ فِي النِّصْفِ الآخَرِ فَيَتَنَصَّفُ، فَلِهَذَا يُقَسَّمُ أَرْبَاعًا. وَعِنْدَهُ يُقَسَّمُ بِطَرِيقِ العَوْلِ وَالمُضَارَبَةِ أَثْلَاثًا؛ لِأَنَّ الحَقَّ تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ أَصْلُهُ التَّرِكَةُ المُسْتَغْرَقَةُ بِالدُّيُونِ فَيَضْرِبُ هَذَا بِالكُلِّ وَذَلِكَ بِالنِّصْفِ، وَلِهَذِهِ المَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ ذَكَرْنَاهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَقَتَلَ مَوْلًى لَهُمَا) أَيْ قَرِيبًا لَهُمَا (فَعَفَا أَحَدُهُمَا

ولمَّا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألتنا هذه: ثلاثة أرباع العبد المدفوع لوليَّي الخطإ، وربعه للساكت من وليّي العمد؛ لأن حق وليّي العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف، فيتعلق حق ولي الخطإ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر واستوت منازعة وليّي الخطإ والساكت من وليّي العمد في هذا النصف، فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعـًا كما في مسألة الفضوليين.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة؛ وهذا لأن حق وليّي الخطإ في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة، فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر، ماتَ المدين وترك ألفـًا كانت التَّركة بين صاحبي الدين أثلاثـًا بطريق العول والمضاربة، ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف، كذلك هاهنا، بخلاف بيع الفضولي؛ لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداءً، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله في «الجامع الصغير».

قوله: وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَقَتَلَ مَوْلًى لَهُمَا، أَيْ قَرِيبًا لَهُمَا، بأن قتل أخـًا أو عمًّا لموليه، قال الله تعالى: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِى﴾ [مريم: ٥]، أي: الأقارب، ويحتمل أنه أراد به عبدًا لهما أعتقاه فعفا أحد الموليين بطل حق الآخر في النفس والمال جميعـًا.

بَطَلَ الجَمِيعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَدْفَعُ الَّذِي عَفَا نِصْفَ نَصِيبِهِ إِلَى الآخَرِ أَوْ يَفْدِيهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ) وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَتَلَ وَلِيًّا لَهُمَا، وَالمُرَادُ القَرِيبُ أَيْضًا، وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ: عَبْدٌ قَتَلَ مَوْلَاهُ وَلَهُ ابْنَانِ فَعَفَا أَحَدُ الِابْنَيْنِ بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ. وَلَمْ يَذْكُرِ اخْتِلَافَ الرِّوَايَةِ. لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ حَقَّ القِصَاصِ ثَبَتَ فِي العَبْدِ

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يقال للعافي: ادفع نصف نصيبك إلى شريكك، أو افده بربع الدية، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن حق كل واحد من المولبين في نصف القصاص شائعاً؛ لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً، غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه، فما يكون في نصيبه سقط لضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وما كان في نصيب صاحبه بقي وذلك نصف النصف وهو الربع، فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن نصيب العافي قد سقط، ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب كل هذا النصف مالاً، ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلاً، ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي، فينقلب نصف هذا النصف مالاً وهو الربع، فلمّا احتمل هذا واحتمل ذاك لا ينقلب مالاً بالشك؛ لأن المال لا يجب بالشك والاحتمال.

أو نقول: إن القصاص إذا صار مالاً صار بمعنى الخطإ، ولو كان القتل خطأ لا يجب شيء فهذا مثله، إلى هذا أشار في شروح «الجامع الصغير».

قوله: وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي: في بعض نسخ «الجامع الصغير»، والله تعالى أعلم.

عَلَى سَبِيلِ الشُّيُوعِ، لِأَنَّ مِلْكَ المَوْلَى لا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ القِصَاصِ لَهُ فَإِذَا عَفَا أَحَدُهُمَا انْقَلَبَ نَصِيبُ الآخَرِ وَهُوَ النِّصْفُ مَالًا، غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الكُلِّ فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ وَالنِّصْفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةَ أَنَّ المَوْلَى لا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ مَالًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ وَنِصْفُ النِّصْفِ هُوَ الرُّبْعُ فَلِهَذَا يُقَالُ: ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِكَ أَوِ افْتَدَاهُ بِرُبْعِ الدِّيَةِ.

وَلَهُمَا أَنَّ مَا يَجِبُ مِنَ المَالِ يَكُونُ حَقَّ المَقْتُولِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ دَمِهِ، وَلِهَذَا تُقْضَى مِنْهُ دُيُونُهُ وَتُنَفَّذُ بِهِ وَصَايَاهُ، ثُمَّ الوَرَثَةُ يَخْلُفُونَهُ فِيهِ عِنْدَ الفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ وَالمَوْلَى لا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا فَلَا تَخْلُفُهُ الوَرَثَةُ فِيهِ.

* * *

فَصْلٌ

(وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خطأً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لا تُزَادُ عَلَى عَشَرَةِ آلافِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلافِ دِرْهَمٍ أَوْ أَكْثَرَ قَضَى لَهُ بِعَشَرَةِ آلافٍ إِلَّا عَشَرَةً، وَفِي الأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلافٍ إِلَّا عَشَرَةً) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو

فصل في الجناية على العبيد

لمَّا فرغ من بيان أحكام جناية العبيد شرع في بيان أحكام الجناية على العبيد، وإنما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم؛ لأن الفاعل قبل المفعول وجودًا فكذا ترتيبًا.

قوله: وَفِي الأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلافٍ إِلَّا عَشَرَةً، هذا أظهر الروايتين، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة دراهم، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله: تجب قيمته بالغة ما بلغت، وهذا القول من أبي يوسف قوله الآخر، وكان يقول أولًا مثل قولهما، وهذا الاختلاف بناء على أن الواجب بقتل العبد خطأً ضمان المال أم ضمان النفس؟

فأبو يوسف والشافعي رحمهما الله رجحا جانب المالية فقالا: لو جعلنا الواجب بمقابلة المال كان فيه تحقيق المماثلة؛ لأن المال وإن كثر لا يماثل النفس، واعتبار المماثلة في ضمان العدوان واجب فلذلك وجبت قيمته بالغة ما بلغت كما في الغصب.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله رجحا جانب النفسية وقالا: النفس أعظم خطرًا من المال فكان إلحاق الضمان بمقابلته أَوْلَى، ثم ضمان الحر لا يزاد على عشرة آلاف درهم،

يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَلَوْ غَصَبَ عَبْدًا قِيمَتُهُ عِشْرُونَ أَلْفًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ بِالإِجْمَاعِ.

لَهُمَا أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ المَالِيَّةِ وَلِهَذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ لا يَمْلِكُ العَبْدَ إِلَّا مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةِ، وَلَوْ قَتَلَ العَبْدُ المَبِيعَ قَبْلَ القَبْضِ يَبْقَى العَقْدُ وَبَقَاؤُهُ بِبَقَاءِ المَالِيَّةِ أَصْلًا أَوْ بَدَلِهِ وَصَارَ كَقَلِيلِ القِيمَةِ وَكَالغَصْبِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَدِيَةٌ

فضمان العبد وهو دون الحر أَوْلَى.

ثم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون ذلك على عاقلة القاتل؛ لأنه ضمان النفس، وعلى قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله لا يكون على العاقلة؛ لأنه ضمان المال، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: لَهُمَا أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ المَالِيَّةِ وَلِهَذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى، يعني: لو كان بدل الدم لكان للعبد؛ إذ هو في حق الدم مبقى على أصل الحرية.

فإن قيل: وجوب الدية للمولى لا يدل على كونه بدل المالية، ألا ترى أن القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمدًا، وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق.

قلنا: استيفاء القصاص يبتني على الولاية، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «السلطان وليُّ من لا ولي له»، والمولى ولي العبد فيجب القصاص له، فأمَّا استحقاق المال لا يبتني على الولاية بل على الإرث إذا وجد سببه، ولا يجري الإرث بين المولى وعبده، فعُلِم أنه إنما يستحقه لجبران فوات ماله كما في سائر الأموال.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، إنما صرح باسمهما مع تقدم اسمهما مرَّة صريحاً ولم يكن ذلك من دأبه؛ لدفع الاشتباه عن اسم أبي يوسف والشافعي رحمهما الله؛ لأنه وقع هاهنا في كل طرف اثنان بحسب اتفاق الحال.

قوله: قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾، فوجه التمسك بهذه الآية على أن العبد

مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] أَوْجَبَهَا مُطْلَقًا، وَهِيَ اسْمٌ لِلْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الآدَمِيَّةِ؛ وَلِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الآدَمِيَّةِ حَتَّى كَانَ مُكَلَّفًا، وَفِيهِ مَعْنَى المَالِيَّةِ، وَالآدَمِيَّةُ أَعْلَاهُمَا فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا بِإِهْدَارِ الأَدْنَى عِنْدَ تَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَضَمَانُ الغَصْبِ

داخل في حكم هذه هو أن الله تعالى ذكر حكمين في هذه الآية الكفارة والدية بقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، فبالاتفاق أن العبد داخل في حق وجوب الكفارة مثل دخول الحر فيه فيجب أن يكون في حق الدية كذلك، فإن نفس العبد تضمن بالكفارة كنفس الحر، فكذلك بالدية بمقابلة النفس مقدرة بالنص، لا يجوز الزيادة عليها بالرأي، ولا يجوز إسقاطها بالرأي.

قوله: وَلِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الآدَمِيَّةِ حَتَّى كَانَ مُكَلَّفًا، أي: بالإيمان والشرائع التي تجب عليه مثل الصلاة والصوم وغيرهما من شرائع المعاملات والعقوبات.

قوله: وَفِيهِ مَعْنَى المَالِيَّةِ، وَالآدَمِيَّةُ أَعْلَاهُمَا، والدليل على أن صفة المالية في هذا المحل تابعة للنفس؛ لأن قوام المالية ببقاء النفسية وهذا هو علامة التبع مع المتبوع، ولا يجوز إهدار الأصل بحال لمراعاة التبع؛ لأن في اعتبار الأصل اعتبار التبع، وليس في اعتبار التبع اعتبار الأصل، فإذا جعلنا الضمان واجباً باعتبار النفسية كنا قد اعتبرنا ما هو الأصل، وباعتباره يحصل اعتبار التبع فكان ذلك أَوْلَى من أن يجعل بمقابلة المالية ويهدر معنى النفسية.

والدليل على ما قلنا فصل القصاص، فإن القصاص يجب باعتبار معنى النفسية ثم لا يجب على المولى إذا قتل عبده؛ لأنه غير مفيد؛ لأن القصاص إنما يجب لمولاه استيفاءً على سبيل الخلافة عنه، فلو وجب وجب له على نفسه، ومن قال: القصاص واجب باعتبار المالية فهو لغو من الكلام؛ لأن المال لا يضمن بالقصاص بحال فكيف يضمن المال به؟ والمقصود بالمال التمول والادخار لوقت الحاجة وليس في القصاص شيءٌ من ذلك.

وبهذا يتبين ترجيح معنى النفسية على معنى المالية؛ لأن المتلف في حالة الخطأ ما هو المتلف في حالة العمد، فلمّا جعل المضمون فيه في حالة العمد معنى النفسية فكذلك

بِمُقَابَلَةِ المَالِيَّةِ، إِذِ الغَصْبُ لا يُرَدُّ إِلَّا عَلَى المَالِ، وَبَقَاءُ العَقْدِ يَتْبَعُ الفَائِدَةَ حَتَّى يَبْقَى بَعْدَ قَتْلِهِ عَمْدًا وَإِنْ لَمْ يَكُنِ القِصَاصُ بَدَلًا عَنِ المَالِيَّةِ فَكَذَلِكَ أَمْرُ الدِّيَةِ،

في حالة الخطأ، ومن قال يجمع بينهما فذلك فضل من الكلام؛ لأنه لو كان هنا طريق إلى الجمع بينهما لكان ينبغي أن يضمن الدية مع كمال القيمة، أو يستوفى حالة العمد القصاص باعتبار النفسية، والقيمة باعتبار المالية واحد لا يقول بذلك، فعرفنا أنه لا وجه للجمع بينهما لما بين الوصفين من المغايرة على سبيل المضادة.

وأمَّا النقصان فنقول: بدل النفس قد ينقص عن أعلى الديات باعتبار معنى موجب للنقصان في المحل، ألا ترى أنه ينقص بالأنوثة، وبالكفر على أصل الخصم، وبالاجتنان في البطن بالاتفاق، فإن بدل الجنين دون بدل المنفصل وإن كان الوجوب باعتبار النفسية هناك؛ إذ لا مالية في الجنين سواء كان حرًّا أو مملوكـًا، فلذلك يجوز أن ينقص عن أعلى الديات باعتبار صفة المملوكية؛ وهذا لأن تكميل الدية باعتبار كمال صفة المالكية، ألا ترى أن بدل الأنثى على النصف من بدل الذكر؛ لأن الذكر أهل لمالكية المال والنكاح، والأنثى أهل لمالكية المال دون مالكية النكاح، فإنَّها مملوكة نكاحـًا فينتصف بدلها لذلك، والجنين ليس بأهل للمالكيتين في الحال، ولكن فيه عرضية الأهلية لذلك إذا انفصل حيًّا، فباعتباره ينتقص بدله غاية النقصان.

فإن قيل: لو كان التعليل بمعنى المالكية والمملوكية صحيحـًا لنقصت دية العبد عن دية المرأة؛ لأنَّها تملكه.

قلنا: من حيث أن العبد نفس يدخل تحت حمل أمانة الله تعالى لم يصر مالًا وبقي على حكم الحرية، وصحة النكاح يبتني على هذا الوصف؛ لأن عقد التناكح لا يجري بين الأموال، وهو من هذا الوجه يملك الحرة نكاحـًا فتصير المرأة تبعـًا له فى حق النفسية وما يبتنى عليها، وقد ذكرنا أن عند التعارض بين النفسية والمالية الاعتبار لجانب النفسية فرجحان النفسية على المالية على ما ذكرنا، فلمَّا كان العبد هو المالك للحرة فيما يرجع إلى النفسية كانت دية المرأة أنقص من دية العبد التي تبلغ دية الحر؛ ولأن قيمة العبد إذا كانت أقل من خمسة آلاف

وَفِي قَلِيلِ القِيمَةِ الوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الآدَمِيَّةِ إِلَّا أَنَّهُ لا سَمْعَ فِيهِ فَقَدَّرْنَاهُ بِقِيمَتِهِ

تجب دون دية المرأة؛ لأنَّها تملكه، وإذا كانت القيمة أكثر من ديتها يجب أكثر؛ لأنه يملكها نكاحاً قولًا بالشبهين.

فإن قلتَ: ما جوابنا عما احتج به الخصم بأن عمر وعليًا وابن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت، والدليل أيضاً في أن الواجب في قتل العبد ضمان المال لا النفس، أن الضمان يجب للمولى باعتبار ملكه وملكه في عبده ملك مال، فالضمان الواجب له يكون ضمان المال أيضاً؛ ولأنه يرجع إلى تقويم المقومين في الأسواق فيوجب به جنس بعد السوق وهو يختص بضمان المال، وأمَّا في الدية التي بمقابلة النفس إنما تجب الإبل ونحوها، ولا مدخل للإبل هاهنا.

ولأن قيمة العبد تختلف باختلاف أوصاف المتلف في الحسن والجمال وسلامة الأطراف، وتنتقص قيمته بذهاب أطرافه كما في المال، فلو كانت قيمته بمقابلة النفس لما انتقصت قيمته بنقصان أطرافه كما لا تنتقص الدية بنقصان أطراف الحر.

ولأنه لو قطع يد عبد والعبد يساوي ثلاثين ألفاً ضمن خمسة عشر ألفاً نصف القيمة بالغة ما بلغت زائدة على الدية، فلمَّا وجب هكذا في نقصان الطرف ينبغي أن لا ينتقص عنه بإتلاف الكل وإلا يلزم القبح، وهو أن يجب بقطع طرفه خمسة عشر ألفاً وبقتله عشرة آلاف إلا عشرة.

ولأن الراهن إذا قتل المرهون يضمن قيمته لحق المرتهن ولا حق للمرتهن إلا في المالية، ولهذا لا يجب عليه القصاص بحال؛ لأن القصاص بدل عن النفسية، فلو كانت القيمة كذلك لما وجبت على الراهن؛ إذ لا وجوب عليه إلا المال.

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأثر فنعارضه بقول ابن مسعود رضي الله عنه: «لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم»، وهذا كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ لأن المقادير لا تعرف بالقياس وإنما طريق معرفتها التوقيف والسماع من صاحب الوحي، فكان في هذا دليل الرفع والسماع من رسول الله عليه الصلاة والسلام؛ لأن فيه ذكر

رَأْيًا، بِخِلَافِ كَثِيرِ القِيمَةِ لِأَنَّ قِيمَةَ الحُرِّ مُقَدَّرَةٌ بِعَشَرَةِ آلافِ دِرْهَمٍ وَنَقَصْنَا مِنْهَا

المقدار وهو مما لا يهتدي إليه العقل.

ومن هذا الطريق رجحنا المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه على ما رواه الخصم؛ لأنه ليس فيه ذكر المقدار بل فيه قياس سائر الأموال من تبليغ قيمته إلى ما بلغت، فكان ذلك الأثر محمولًا على أنَّهم قالوه من رأيهم وقياسهم على سائر الحيوانات من الفرس والبقر، أو يحمل ذلك على ما إذا كانت قيمته فيما دون دية الحر والحكم فيه كذلك.

وأمَّا وجوبه للمولى؛ لأن المولى يخلفه خلافة الوارث المورث؛ ولأنه مالك لمالية قوامها باعتبار هذا المحل، فما يجب بمقابلة المحل في حقه يجعل كالواجب بمقابلة المالية، وأمَّا الرجوع إلى تقويم المقومين فلإظهار المالية التي تظهر النقصان باعتبارها، مع أن الرجوع إلى تقويم المقومين قد يكون فيما يجب بمقابلة النفسية كحكومة العدل.

وأما الجواب عن قوله: إنه لو قطع يد عبد والعبد يساوي ثلاثين ألفـًا ضمن خمسة عشر ألفـًا، فقد قيل: إن ذلك قول أبي يوسف رحمه الله في دية العبد إنَّها تجب بقدر القيمة وإن كثرت، وعن هذا قال محمد رحمه الله في بعض الروايات: القول بِهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله وهو قبيح جدًّا، فلهذا قال: لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف إلا خمسة، وقد قيل: إن جانب المالية في الأطراف أغلب في الأحرار، ألا ترى أن الاثنين لا يؤاخذان بواحد في حق الأطراف، وبالرق ازداد معنى المالية حتى لم يجر القصاص في أطراف العبيد بِهذا.

ولأن مجاوزة قدر قيمة الأطراف عن قدر الدية غير ممتنعة في نفسها، ألا ترى أن إنسانـًا لو جدع أنف غيره الحُرِّ خطأً وجبت دية النفس ثم فقأ عينيها وجبت دية أخرى، وكذلك في جميع أطرافه من اليدين والرِّجلين والأذنين وغيرها، فيزيد ما يجب بمقابلة الأطراف على الدية بأضعاف أضعافها لو صورنا المسألة في إتلاف أطراف الحر خطأً، ولمَّا لم يمتنع ذلك في الحر فلأَنْ لا يمتنع في العبد بالطريق الأَوْلَى.

وأمَّا العبد المرهون إذا قتله الراهن فإن إيجاب الضمان هناك باعتبار معنى النفسية غير

فِي العَبْدِ إظْهَارًا لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ، وَتَعْيِينُ العَشَرَةِ بِأَثَرِ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -.

قَالَ: (وَفِي يَدِ العَبْدِ نِصْفُ قِيمَتِهِ لا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلافٍ إلَّا خَمْسَةً)؛ لِأَنَّ اليَدَ مِنَ الآدَمِيِّ نِصْفُهُ فَتُعْتَبَرُ بِكُلِّهِ، وَيَنْقُصُ هَذَا المِقْدَارُ إظْهَارًا لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ، وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِنْ دِيَةِ الحُرِّ فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيمَةِ العَبْدِ؛ لِأَنَّ القِيمَةَ فِي العَبْدِ كَالدِّيَةِ فِي الحُرِّ إذْ هُوَ بَدَلُ الدَّمِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، وَإِنْ غَصَبَ أَمَةً قِيمَتُهَا عِشْرُونَ أَلْفًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ تَمَامُ قِيمَتِهَا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ ضَمَانَ الغَصْبِ ضَمَانُ المَالِيَّةِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَأَعْتَقَهُ المَوْلَى ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ

ممكن؛ لما قررنا في المولى إذا قتل عبده فجعلنا الواجب هناك باعتبار المالية التي هي البيع، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الأسرار» وغيرهما.

قوله: وَتَعْيِينُ العَشَرَةِ بِأَثَرِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وفي نسخة: بِأَثَرِ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، والصحيح هو الأول؛ لأنه موافق لرواية «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَفِي يَدِ العَبْدِ نِصْفُ قِيمَتِهِ لا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلافٍ إلَّا خَمْسَة دَرَاهِمَ، أي: لا يزاد على خمسة آلاف منقوصة بخمسة، هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: وأمَّا طرف المملوك فقد بيَّنا أن المعتبر فيه قيمة المالية فقط، إلا أنه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة، فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت، إلا أن محمدًا رحمه الله قال في بعض الروايات: القول بهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله، إلى أن قال: فلهذا قال: لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف إلا خمسة.

وكذلك ذكر في «الأسرار» ما ذكرنا وهو أن جانب المالية في الطرف أغلب؛ لأن القيمة في العبد كالدية في الحر حتى يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد؛ لأنه يجب في الحر نصف عشر الدية، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وهذا بالإجماع.

المَوْلَى فَلَا قِصَاصَ فِيهِ وَإِلَّا اُقْتُصَّ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ، وَعَلَى القَاطِعِ أَرْشُ اليَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَعْتِقَهُ وَيَبْطُلُ الفَضْلُ) وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ القِصَاصُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الحَقُّ؛ لِأَنَّ القِصَاصَ يَجِبُ عِنْدَ المَوْتِ مُسْتَنِدًا إِلَى وَقْتِ الجُرْحِ، فَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الجُرْحِ يَكُونُ الحَقُّ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى اعْتِبَارِ الحَالَةِ الثَّانِيَةِ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ فَتَحَقَّقَ الِاشْتِبَاهُ وَتَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ فَلَا يَجِبُ عَلَى وَجْهٍ يُسْتَوْفَى وَفِيهِ الكَلَامُ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لا يُزِيلُ الِاشْتِبَاهَ لِأَنَّ المِلْكَيْنِ فِي الحَالَيْنِ،

قوله: وَإِلَّا اُقْتُصَّ مِنْهُ، أي: وإن لم يكن له ورثة غير المولى يقتص منه.

قوله: فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ - أي: فيما إذا كان له ورثة غير المولى - لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، وجهالة من له الحق وهو المستوفي يمنع القصاص، كما لو باعه المولى ثم ماتَ عند المشتري كان على القاطع أرش اليد وتبطل السراية، كذلك هاهنا، ولا يمكن إفراد السراية عن الجناية؛ لأن قطع يد العبد لا يوجب القصاص فتبطل الجناية ضرورة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَفِيهِ الكَلَامُ، أي: الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة سوى المولى.

ووصل شيخي رحمه الله بخطه الضمير في: وَفِيهِ، إلى: وَتَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ، لكن مآل ذلك إلى ما قلنا.

قوله: لِأَنَّ المِلْكَيْنِ فِي الحَالَيْنِ، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت، وللورثة وقت الموت دون الجرح، وعند الاجتماع لا يثبت الملك على الدوام في الحالين لكل واحدٍ منهما فلا يكون الاجتماع مفيدًا.

ولا يقال: يأذن كل واحد منهما صاحبه؛ لأنا نقول: إن الإذن والأمر إنما يصح إذا كان هو يملك ذلك في الحالين.

بِخِلَافِ العَبْدِ المُوصَى بِخِدْمَتِهِ لِرَجُلٍ وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ إِذَا قُتِلَ؛ لِأَنَّ مَا لِكُلٍّ مِنْهُمَا مِنَ الحَقِّ ثَابِتٌ مِنْ وَقْتِ الجُرْحِ إِلَى وَقْتِ المَوْتِ، فَإِذَا اجْتَمَعَا زَالَ الإِشْتِبَاهُ. وَلِمُحَمَّدٍ فِي الخِلَافِيَّةِ وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ وَرَثَةٌ سِوَى المَوْلَى أَنَّ سَبَبَ الوِلَايَةِ قَدِ اخْتَلَفَ؛ لِأَنَّهُ المِلْكُ عَلَى اعْتِبَارِ إِحْدَى الحَالَتَيْنِ وَالوِرَاثَةُ بِالوَلَاءِ عَلَى اعْتِبَارِ الأُخْرَى، فَنُزِّلَ مَنْزِلَةَ اخْتِلَافِ المُسْتَحَقِّ فِيمَا يُحْتَاطُ فِيهِ، كَمَا إِذَا قَالَ لِآخَرَ بِعْتَنِي هَذِهِ الجَارِيَةَ بِكَذَا فَقَالَ المَوْلَى زَوَّجْتُهَا مِنْكَ لا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا؛ وَلِأَنَّ الإِعْتَاقَ

قوله: بِخِلَافِ العَبْدِ المُوصَى بِخِدْمَتِهِ لِرَجُلٍ وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ؛ لأن ملكهما الذي لهما فيه دائم فصارا بمنزلة الشريكين في العبد.

وفي «الإيضاح»: ولو كان العبد موصى برقبته لرجل وبخدمته لرجل فقتل عمدًا لم ينفرد واحد من الموصى لهما بالقصاص؛ لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقطَ حق الموصى له بالخدمة؛ لأن الرقبة فاتت لا إلى بدل فلا يملك إبطال حقه عليه، ولكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن سبب الولاية - المِلْكُ عَلَى اعْتِبَارِ إِحْدَى الحَالَتَيْنِ - وهي حالة الجرح قبل العتق من حالتي الجرح والموت - وَالوِرَاثَةُ بِالوَلَاءِ عَلَى اعْتِبَارِ الأُخْرَى، أي: الحالة الأخرى وهي حالة الموت بعد العتق.

قوله: فِيمَا يُحْتَاطُ فِيهِ، أي: في الذي لا يثبت بالشبهات، فإنه بهذا يحترز عمن قال لآخر: لك عليَّ ألف من قرض، فقال المقر له: لا بل من ثمن بيع، فإنه يقضى بالمال وإن اختلف السبب؛ لأن ذلك من الأموال، والأموال ممَّا يقع البدل والإباحة فيها فلا يبالي باختلاف السبب.

قوله: وَلِأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، حتى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم

قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، وَبِانْقِطَاعِهَا يَبْقَى الجُرْحُ بِلَا سِرَايَةٍ، وَالسِّرَايَةُ بِلَا قَطْعٍ فَيَمْتَنِعُ القِصَاصُ. وَلَهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِثُبُوتِ الوِلَايَةِ لِلْمَوْلَى فَيَسْتَوْفِيَا؛ وَهَذَا لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ مَعْلُومٌ وَالحُكْمُ مُتَّحِدٌ فَوَجَبَ القَوْلُ بِالِاسْتِيفَاءِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ مَجْهُولٌ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ الحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ،

مات من تلك الجراحة تنقطع السراية، فلا تلزمه الدية ولا القيمة وإنما يضمن النقصان، وهذا الحكم فيما إذا كان الجرح خطأ بالاتفاق.

وأمَّا إذا كان عمدًا فعند محمد رحمه الله كذلك؛ لأن المعنى الموجب بأن العتق قاطع للسراية وهو صيرورة النهاية مخالفة للبداية لا يفرق بين العمد والخطأ؛ لما أن الضمان في الخطأ قبل السراية للمولى وبعد السراية للعبد، حتى تنفذ منه وصاياه وتقضى ديونه.

وكذلك في العمد؛ لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان استيفاء القصاص للمولى بجهة الملك، ولو اعتبرنا حالة الموت كان استيفاء القصاص للمولى بالوراثة بجهة الولاء، فكان اختلاف الجهة في العمد فيما إذا لم يكن له ولي غير المولى بمنزلة اختلاف المستوفى في الخطأ بل بالطريق الأَوْلَى؛ لما أن سقوط القصاص ممَّا يثبت بالشبهة دون سقوط الدية، فلمَّا قطع الإعتاق السراية في الخطأ حتى لم تجب الدية والقيمة بالاتفاق، فلَأَن يقطع الإعتاق السراية في حق القصاص حتى لا يجب القصاص في العمد أَوْلَى؛ لأن سقوط القصاص مما يثبت بالشبهات دون سقوط الدية.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِثُبُوتِ الوِلَايَةِ، أي: بثبوت ولاية استيفاء القصاص في العمد للمولى؛ وهذا لأن المقضي له وهو المولى معلوم، والحكم وهو استيفاء القصاص متحد.

قوله: بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب القصاص بالاتفاق؛ لأن المقضي له مجهول؛ لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح فالمقضي له المولى، ولو اعتبرنا حالة الموت فالمقضي له الورثة.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هَاهُنَا، أي: في الفصل الثاني، وهو ما إذا لم يكن للعبد

بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ مِلْكَ اليَمِينِ يُغَايِرُ مِلْكَ النِّكَاحِ حُكْمًا، وَالإِعْتَاقُ لا يَقْطَعُ

ورثة سوى المولى في العمد؛ لأنه لو اختلف إنما يختلف السبب لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان سبب استيفاء القصاص للمولى بسبب الملك، ولو اعتبرنا حالة الموت كان الاستيفاء له أيضـًا لكن بسبب الولاء ولا اعتبار له؛ لأن المقصود وهو الحكم الذي هو استيفاء القصاص متحد.

قوله: بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ - أي: مسألة الجارية التي قال رجل لآخر: بعتنِي هذه الجارية بكذا - لِأَنَّ مِلْكَ اليَمِينِ يُغَايِرُ مِلْكَ النِّكَاحِ حُكْمًا؛ وذلك لأن النكاح يثبت الحل مقصودًا والبيع لا يثبته، ولو أثبته لا يثبته مقصودًا، فاختلف الحكم كما اختلف السبب فلذلك لم يثبت الحل.

أو نقول: إن في تلك المسألة ما تنازعا فيه من النكاح، والبيع قد لغا لإنكار كل واحدٍ منهما ما ادعاه صاحبه وحلفه على ذلك، ولا يثبت الحل إلا باتفاق هذين الشخصين على ما يوجب الحل ولم يتفقا، وقد انتفى ما ادَّعى كل واحد منهما بإنكار صاحبه وحلفه، ثم لو ثبت الحل بعد ذلك إنما يثبت بمجرد البدل والإحلال وذا لا يكفي لحل الوطء.

وأما في مسألتنا لم ينتف سبب ثبوت الحق للمولى؛ إذ لم يوجد ما ينفي ذلك من الإنكار والحلف عليه، لكن اشتبه أنه ملك يمين أم ولاءٍ؟ وأحدهما ثابت لا محالة وذلك يكفي لاستيفاء القصاص.

وهكذا أيضـًا فرق شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في العتاق بين مسألة القرض وبين مسألة الجارية فقال: إذا قال لك عليَّ ألف من قرض فقال المقر له: لا بل من ثمن مبيع فإنه يقضى بالمال؛ لأنا نلغي القرض والبيع لإنكار كل واحدٍ منهما ما ادَّعاه صاحبه، بقي الإقرار بمطلق المال وذلك كاف لاستحقاق المال ويكون بدلًا من المقر، والبدل يجري في المال كما في القضاء بالنكول، بخلاف مسألة الجارية؛ فإن حل الوطء ممَّا لا يثبت بالبدل.

قوله: وَالإِعْتَاقُ لا يَقْطَعُ السِّرَايَةَ لِذَاتِهِ، جوابٌ عن قوله: وَلِأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، يعنِي: أن كون الإعتاق قاطعـًا للسراية إنما هو في صورة الخطأ لا غير لجهالة المقضي له

السِّرَايَةَ لِذَاتِهِ بَلْ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، وَذَلِكَ فِي الخَطَإِ دُونَ العَمْدِ؛ لِأَنَّ العَبْدَ لا يَصْلُحُ مَالِكًا لِلْمَالِ، فَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الجُرْحِ يَكُونُ الحَقُّ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ المَوْتِ يَكُونُ لِلْمَيِّتِ لِحُرِّيَّتِهِ فَيُقْضَى مِنْهُ دُيُونُهُ وَيُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فَجَاءَ الِاشْتِبَاهُ. أَمَّا العَمْدُ فَمُوجِبُهُ القِصَاصُ وَالعَبْدُ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِيهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ أَنْ يَكُونَ الحَقُّ لَهُ فَالمَوْلَى هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ إِذْ لا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ فَلَا اشْتِبَاهَ فِيمَنْ لَهُ الحَقُّ، وَإِذَا امْتَنَعَ القِصَاصُ فِي الفَصْلَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ أَرْشُ اليَدِ، وَمَا نَقَصَهُ مِنْ وَقْتِ الجُرْحِ إِلَى وَقْتِ الإِعْتَاقِ كَمَا ذَكَرْنَا؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ عَلَى مِلْكِهِ وَيَبْطُلُ الفَضْلُ،

والمقضي به؛ لأنا إن اعتبرنا حالة الحياة تجب القيمة للمولى، وإن اعتبرنا حالة السراية تجب الدية للمقتول، وجهالة المستحق وهو المقضي له بانفراده تقطع السراية فجهالة المقضي له والمقضي به أوْلَى، بخلاف قتل العمد؛ لأن ثمَّة الواجب في الحالين واحد وهو القصاص، والمستحق واحد وهو المقتول؛ لأن القصاص إنما يجب من حيث أنه آدمي، والعبد من حيث أنه آدمي يبقى على أصل الحرية، إلا أن المولى يستوفي بحكم الخلافة عن العبد، وإذا لم يكن وارث سوى المولى كان المولى متعيناً للخلافة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

وحصل من هذا كله أن صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات منه لم تخل عن أربعة أوجه؛ لأن قطع يد العبد في الابتداء لا يخلو: إمَّا أن كان عمدًا أو خطأً، ثم كل وجهٍ على وجهين:

إمَّا أن كان للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن، فإن كان له وارث سوى المولى والقطع عمد يقطع الإعتاق السراية بالإجماع، فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له والمقضي به، وإن لم يكن لا يقطعها عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله، وأمَّا إذا كان القطع خطأً فالإعتاق يقطع السراية بالإجماع سواء كان له وارث أم لا؟ فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع.

وَعِنْدَهُمَا الجَوَابُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ كَالجَوَابِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الثَّانِي.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدَيْهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ شُجَّا فَأَوْقَعَ العِتْقَ عَلَى أَحَدِهِمَا فَأَرْشُهُمَا لِلْمَوْلَى)؛ لِأَنَّ العِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ فِي المُعَيَّنِ وَالشَّجَّةُ تُصَادِفُ المُعَيَّنَ فَبَقِيَا مَمْلُوكَيْنِ

قوله: فَأَوْقَعَ العِتْقَ عَلَى أَحَدِهِمَا، أي: أظهر العتق الذي قاله على وجه الإبهام بقوله: أحدكما حرّ، وإنما ذكر بلفظ: أَوْقَعَ، ليدل به على أن العتق لم ينزل على واحد منهما معيناً في حق الأرش، وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل وغيرهما، فإنه إذا قال لهما: أحدكما حرّ، ثم مات أحدهما أو قتل تعين العتق في الآخر؛ لأن الذي ماتَ خرج من أن يكون محلًا لإيقاع العتق عليه، والعتق المبهم في حق العين كالنازل عند البيان، فلا بد من بقاء المحل ليبقى خياره في البيان، وعدم التعين في الثانِي منهما كان لمزاحمة الآخر إيَّاه، وقد زالت هذه المزاحمة بخروج أحدهما من أن يكون محلًا للعتق فلهذا يتعين في الآخر.

وكذلك إذا باع المولى أحدهما بيعاً صحيحاً أو فاسدًا، أو عرض أحدهما على البيع تعين العتق في الآخر؛ وهذا لأن قوله: بعتُ هذا بكذا، إقرار منه بأنه لا حظَّ لهذا العبد في ذلك العتق فيتعين الآخر للعتق؛ لما أن البيع اسم خاص لتمليك مال بمال، فدليل البيان ممَّن له البيان كصريح البيان.

قوله: لِأَنَّ العِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ فِي المُعَيَّنِ، يعنِي: أن المولى أنزل العتق في المنكر والمعين غير المنكر، فلذلك لا يكون العتق نازلًا في المعين.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما لو اختار المولى عند الموت تعيين العتق في أحدهما عتق كله، ولا يعتبر من ثلث ماله اعتبارًا لأصل الإيقاع الذي كان في الصحة، فلو كان العتق المبهم غير نازل حكماً في المعين ينبغي أن يعتبر تعيين العتق في أحدهما بعينه وقت الموت، وأن يصح من ثلث ماله لا من كله.

قلتُ: وإنما كان هكذا؛ لأن أصل الإيقاع كان منه في الصحة فقد تمَّ الاستحقاق به

فِي حَقِّ الشَّجَّةِ (وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلٌ تَجِبُ دِيَةُ حُرٍّ وَقِيمَةُ عَبْدٍ) وَالفَرْقُ أَنَّ البَيَانَ إِنْشَاءٌ مِنْ وَجْهٍ وَإِظْهَارٌ مِنْ وَجْهٍ عَلَى مَا عُرِفَ، وَبَعْدَ الشَّجَّةِ بَقِيَ مَحِلًّا لِلْبَيَانِ

في حقه معتبَرًا من جميع ماله؛ لأنه لا تنكير في جانبه فلا يتغير ذلك ببيانه عند الموت، وهو نظير ما لو طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول من غير عينها كان له أن يتزوج الأخرى؛ لأن إحداهن بانت في حقه ولا تنكير في جانبه.

فإن قلتَ: ما وجه الفرق لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله بين جواز أخذ أرشهما المولى إذا شجًّا أو قطع أيديهما، وليس له أن يجامعهما إذا كانتا أمتين والمسألة بحالها، مع أن هذه النكتة التي ذكرها في الكتاب: أَنَّ العِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ فِي المُعَيَّنِ وَالشَّجَّةُ تُصَادِفُ المُعَيَّنَ فَبَقِيَا مَمْلُوكَيْنِ، واردة فيه أيضـًا؛ لأن الوطء أيضـًا يصادف المعين كالشجة.

قلتُ: وجه ذلك هو أن الوطء تصرف لا يحل إلا في الملك، فإقدامه عليه في أحدهما دليل تعيين الملك فيها، ومن ضرورته انتفاء ذلك العتق عنها فيتعين في الأخرى، وقاسا بما لو قال لامرأتين له: إحداكما طالق ثلاثـًا، ثم وطئ إحداهما تعين الطلاق في الأخرى؛ وهذا لأن فعل المسلم محمول على الحل ما أمكن.

وأمَّا في حق الأرش بقي كل واحدٍ منهما لاختيار العتق المولى فيهما بعد الشجة وبعد قطع أيديهما، لبقاء كل واحدٍ منهما محلًّا للعتق، وما بقي خيار المولى لا يكون العتق نازلًا في عين أحدهما، فإنما شجَّ رأس كل واحدٍ منهما أو قطع يده على حكم الرق فكان للمولى؛ لأن خيار التعيين للمولى فيهما باقٍ كما كان قبل الشجة فيهما.

قوله: وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلٌ - أي: رجل واحد - تَجِبُ دِيَةُ حُرٍّ وَقِيمَةُ عَبْدٍ، هذا إذا كان القاتل واحدًا وقتلهما معـًا واستوت قيمتهما.

أمَّا إذا كان القاتل اثنين فيجيء بعده، وأمَّا إذا قتلهما الواحد على التعاقب فعليه قيمة الأول للمولى ودية الآخر لورثته؛ لأن بقتل أحدهما تعين العتق في الآخر ضرورة فتبيَّن أنه قتله وهو حر.

فَاعْتُبِرَ إِنْشَاءً فِي حَقِّهِمَا، وَبَعْدَ الْمَوْتِ لَمْ يَبْقَ مَحِلًّا لِلْبَيَانِ فَاعْتَبَرْنَاهُ إِظْهَارًا مَحْضًا، وَأَحَدُهُمَا حُرٌّ بِيَقِينٍ فَتَجِبُ قِيمَةُ عَبْدٍ وَدِيَةُ حُرٍّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةُ الْمَمْلُوكِينَ؛ لِأَنَّا لَمْ نَتَيَقَّنْ بِقَتْلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرًّا وَكُلٌّ مِنْهُمَا يُنْكِرُ ذَلِكَ؛

وأمَّا لو قتلهما معـًا كان عليه قيمة عبد ودية حر إن استوت القيمتان، وإن اختلفت فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر؛ لأنا نتيقن أنه قتل عبدًا وحرًّا وقتل الحر يوجب الدية، وليس أحدهما بأَوْلَى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحدٍ منهما ونصف دية كل واحد منهما؛ لأن البيان فاتَ حين قتلا وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةُ الْمَمْلُوكِينَ، هذا إذا قتلاهما معـًا أو لا يدري أيهما قتل أولًا، أمَّا إذا قتلهما رجلان فإن كان قتلهما على التعاقب فعلى القاتل الأول قيمة الأول لمولاه، وعلى القاتل الثاني ديته لورثته؛ لأن العتق تعيَّن فيه.

وأمَّا إذا قتلهما معـًا فعلى كل واحد منهما قيمة عبد؛ لأن كل واحدٍ من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه والعتق في حق العين كأنه غير نازل، فكان كل واحدٍ منهما مملوكـًا عينـًا، وإنما نزل العتق في المنكر ولا نتيقن أن كل واحدٍ منهما قاتل لذلك المنكر، وإنما يجب على كل واحدٍ منهما القدر المتيقن به وهو القيمة.

ولم يعين في الكتاب - أي: في «المبسوط» - أن ذلك للمولى أو لورثتهما، وقيل: هذا والأول سواء، النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة؛ لأن في حق المولى العتق ثابت في حق أحدهما فلا يستحق بدل نفسه، فيوزع ذلك نصفين عليهما لهذا.

وإن لم يجن عليهما أحد ولكن المولى ماتَ قبل أن يبين عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى في نصف قيمته؛ لأن البيان فاتَ بموت المولى، فإن الوارث لا يخلفه في ذلك؛ لأنه لا يقف على مراده؛ ولأن مجرد الخيار لا يورث، ولمَّا فات البيان شاع العتق فيهما؛ إذ ليس أحدهما بأَوْلَى من الآخر، وبعدما عتق نصف كل واحدٍ منهما يجب إخراج النصف

وَلِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى ثُبُوتَ العِتْقِ فِي المَجْهُولِ؛ لِأَنَّهُ لا يُفِيدُ فَائِدَةً، وَإِنَّمَا صَحَّحْنَاهُ ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ وَأَثْبَتْنَا لَهُ وِلَايَةَ النَّقْلِ مِنَ المَجْهُولِ إِلَى المَعْلُومِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ فِي النَّفْسِ دُونَ الأَطْرَافِ فَبَقِيَ مَمْلُوكًا فِي حَقِّهَا.

قَالَ: (وَمَنْ فَقَأَ عَيْنَيْ عَبْدٍ، فَإِنْ شَاءَ المَوْلَى دَفَعَ عَبْدَهُ وَأَخَذَ قِيمَتَهُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ، وَلا شَيْءَ لَهُ مِنَ النُّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ العَبْدَ وَأَخَذَ مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ العَبْدَ وَأَخَذَ قِيمَتَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُضَمِّنُهُ كُلَّ القِيمَةِ وَيُمْسِكُ الجُثَّةَ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الضَّمَانَ مُقَابِلًا بِالفَائِتِ فَبَقِيَ البَاقِي عَلَى مِلْكِهِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْهِ أَوْ فَقَأَ إِحْدَى عَيْنَيْهِ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ المَالِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الذَّاتِ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الأَطْرَافِ لِسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عَلَيْهِ. وَإِذَا كَانَتْ مُعْتَبَرَةً وَقَدْ وُجِدَ إِتْلَافُ النَّفْسِ مِنْ وَجْهٍ بِتَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ الكُلِّ فَوَجَبَ أَنْ يَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ وَرِعَايَةً لِلْمُمَاثَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَقَأَ عَيْنَيْ حُرٍّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى المَالِيَّةِ، وَبِخِلَافِ عَيْنَيِ المُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ لا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ مِنَ المِلْكِ إِلَى مِلْكٍ، وَفِي قَطْعِ إِحْدَى اليَدَيْنِ وَفَقْءِ إِحْدَى

الباقي إلى الحرية بالسعاية، هذا كله في الباب الجامع لوجوه العتاق من عتاق «المبسوط».

وقوله: وَلِأَنَّ القِيَاسَ، معطوف على قوله: وَالفَرْقُ أَنَّ البَيَانَ إِنْشَاءٌ.

قوله: فَبَقِيَ مَمْلُوكًا فِي حَقِّهَا، أي: في حق الأطراف.

قوله: لِسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا - أي: اعتبار المالية - فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عَلَيْهِ، أي: لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذات فحسب بل اعتبرت في حق الأطراف أيضًا، يعني: أن انحصار اعتبار المالية في حق الذات لا غير ساقط.

الْعَيْنَيْنِ لَمْ يُوجَدْ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ.

وَلَهُمَا أَنَّ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا وَجَبَ أَنْ يَتَخَيَّرَ الْمَوْلَى عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قُلْنَاهُ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَمْوَالِ فَإِنَّ مَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا فَاحِشًا إنْ شَاءَ الْمَالِكُ دَفَعَ الثَّوْبَ إلَيْهِ وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ.

وَلَهُ أَنَّ الْمَالِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الذَّاتِ فَالْآدَمِيَّةُ غَيْرُ مُهْدَرَةٍ فِيهِ وَفِي الْأَطْرَافِ أَيْضًا، أَلَا تَرَى أَنَّ عَبْدًا لَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ آخَرَ يُؤْمَرُ الْمَوْلَى بِالدَّفْعِ أَوِ الْفِدَاءِ وَهَذَا مِنْ أَحْكَامِ الْآدَمِيَّةِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمَالِ أَنْ تُبَاعَ رَقَبَتُهُ فِيهَا ثُمَّ مِنْ أَحْكَامِ الْأُولَى أَنْ لا يَنْقَسِمَ عَلَى الْأَجْزَاءِ، وَلا يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةَ،

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا، حتى كان الواجب من القيمة باعتبار المالية فيزيد بزيادتها وينقص بنقصانها، وجب أن يترجح جانب المالية في أطراف العبيد ونقول فيه كما نقول في سائر الأموال.

أو نقول: العبد في الجناية عليه كالحر من وجه حتى يتقدر بدل طرفه ببدل نفسه، وبمنزلة الثياب والدواب من وجه حتى يكون الواجب من القيمة باعتبار المالية، فيخير المولى إن شاء مالَ إلى الشبه الأول واستوفى جميع القيمة وسلم الجثة؛ لأن النفس صارت مستهلكة حكماً بتفويت منفعة النفس، وإن شاء مال إلى الشبه الثاني وأخذ نقصان القيمة وأمسك الجثة كما في تحريق ثوب إنسان خرقاً فاحشاً.

قوله: ثُمَّ مِنْ أَحْكَامِ الْأُولَى - أي: الآدمية - أَنْ لا يَنْقَسِمَ عَلَى الْأَجْزَاءِ، أي: أن لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف، بل يكون بإزاء الفائت لا غير كما في فقإ عيني الحر، يعني: يجب أن لا ينقسم الضمان على الأجزاء والنفس، ولا يقال أن يأخذ النقصان ويمسك الجثة كما قالا، بل تجب كل القيمة لا النقصان على تقدير الدفع ولا يجب شيء على تقدير إمساك الجثة.

وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ أَنْ يَنْقَسِمَ وَيَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا مِنَ الحُكْمِ.

قوله: وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ - أي: المالية - أَنْ يَنْقَسِمَ وَيَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ، أي: أن ينقسم موجب الجناية وهو الضمان على الأجزاء والجثة، فيضمن نقصان القيمة وهو الذي وجب بمقابلة فوات الأجزاء، ويمسك المولى الجثة كما في تخريق الثوب.

قوله: فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا، يعني: بالنظر إلى الآدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعاً بل بإزاء الفائت لا غير، وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك الجثة كما ليس له ذلك في المال، بل قيل له من استيفائك هذا الضمان أن تزيل الجثة عن ملكك ليكون قولاً بالشبهين، ففيما قالا إلغاء لجانب الآدمية أصلًا واعتبار لجانب المالية؛ لأن من حكم المال أن المالك بالخيار إن شاء سلم النفس وأخذ كمال القيمة، وإن شاء أمسكها ورجع بالنقصان كما في تحريق الثوب.

وفيما قاله الشافعي رحمه الله إلغاء لجانب المالية أصلًا واعتبار لجانب الآدمية لا غير فإنه الحر، فإنه يقول عند فقإ عيني عبد بضمان كمال القيمة والجثة للمولى من غير خيار فكان كفقإ عيني الحر، فالقول الأوسط الأعدل ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه؛ لأن فيما تجاذب الطرفان كان القول بتوفير الشبهين أَوْلَى، إلى هذا أشار في «الأسرار»، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي جِنَايَةِ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ)

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى المُدَبَّرُ أَوْ أُمُّ الوَلَدِ جِنَايَةً ضَمِنَ المَوْلَى الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا) لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَضَى بِجِنَايَةِ المُدَبَّرِ عَلَى مَوْلاهُ؛ وَلِأَنَّهُ صَارَ مَانِعًا عَنْ تَسْلِيمِهِ فِي الجِنَايَةِ بِالتَّدْبِيرِ أَوِ الاسْتِيلادِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ الفِدَاءَ فَصَارَ كَمَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ الجِنَايَةِ وَهُوَ لا يَعْلَمُ. وَإِنَّمَا يَجِبُ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنَ الأَرْشِ؛ لِأَنَّهُ لا حَقَّ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ فِي أَكْثَرَ مِنَ الأَرْشِ، وَلا مَنْعَ مِنَ المَوْلَى فِي أَكْثَرَ مِنَ القِيمَةِ، وَلا تَخْيِيرَ بَيْنَ الأَقَلِّ وَالأَكْثَرِ؛ لِأَنَّهُ لا يُفِيدُ

فصل في جنـاية المدبر وأم الولد

لمَّا ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد، غير أن أم الولد أحط رتبة أيضـًا من المدبر في ذلك الاسم، حتى أن القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر، وهي أنثى أيضـًا فالأنوثة والانحطاط في اسم المملوكية أوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر.

قوله: لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ، وهو أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه.

قوله: قَضَى بِجِنَايَةِ المُدَبَّرِ عَلَى مَوْلاهُ، وكان أميرًا بالشام وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فكان إجماعـًا، كذا في «الإيضاح».

فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ لِاخْتِيَارِهِ الأَقَلَّ لا مَحَالَةَ، بِخِلَافِ القِنِّ؛ لِأَنَّ الرَّغَبَاتِ صَادِقَةٌ فِي الأَعْيَانِ فَيُفِيدُ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالفِدَاءِ (وَجِنَايَاتُ المُدَبَّرِ وَإِنْ تَوَالَتْ لا تُوجِبُ إِلَّا قِيمَةً وَاحِدَةً)؛ لِأَنَّهُ لا مَنْعَ مِنْهُ إِلَّا فِي رَقَبَةٍ وَاحِدَةٍ؛ وَلِأَنَّ دَفْعَ القِيمَةِ كَدَفْعِ العَبْدِ وَذَلِكَ لا يَتَكَرَّرُ فَهَذَا كَذَلِكَ، وَيَتَضَارَبُونَ بِالحِصَصِ فِيهَا، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ المَنْعَ فِي هَذَا الوَقْتِ يَتَحَقَّقُ.

قوله: وَجِنَايَاتُ المُدَبَّرِ وَإِنْ تَوَالَتْ لا تُوجِبُ إِلَّا قِيمَةً وَاحِدَةً؛ لأن القيمة في المدبر تنزل منزلة عين العبد، ثم العبد إذا جنى جنايات وجب دفعه بالجنايات ولا يجب أكثر من ذلك، فكذا هاهنا، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَيَتَضَارَبُونَ بِالحِصَصِ فِيهَا - أي: في القيمة - وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ، ومن صورته ما ذكره في «المبسوط» وقال:

وإذا قتل المدبر رجلًا خطأ وقيمته ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة، ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم؛ لأنه جنى على الثاني وقيمته ألفان، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامنًا قيمته ألفين، ثم ألف من هذا لولي القتيل الأوسط خاصة؛ لأن ولي الأول إنَّما يثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم، فلا حق له في الألف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الأوسط، وخمسمائة من الألف الأولى بين ولي القتيل الأول وبين الأوسط المقتول؛ لأنه لا حق في هذه الخمسائة لولي القتيل الثالث وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه، فتقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط، والأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف والأوسط بتسعة آلاف؛ لأنه وصل إليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم جميعًا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف؛ لأنه ما وصل إليه شيء من حقه، ويضرب الأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ؛ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به، فكذلك الأوسط لا يضرب لما أخذ في المرتين، وإنما يضرب بما بقي من حقه فتقسم الخمسمائة بينهما على ذلك.

قَالَ: (فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى وَقَدْ دَفَعَ المَوْلَى القِيمَةَ إِلَى وَلِيِّ الأُولَى بِقَضَاءٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَى الدَّفْعِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ المَوْلَى دَفَعَ القِيمَةَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ المَوْلَى وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الجِنَايَةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَى المَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ حِينَ دَفَعَ لَمْ تَكُنِ الجِنَايَةُ الثَّانِيَةُ مَوْجُودَةً فَقَدْ دَفَعَ كُلَّ الحَقِّ

ولو قتل المدبر رجلًا خطأً وقيمته ألف درهم فدفعه الولي بقضاء قاضٍ ثم رجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر، فإن خمسمائة بما أخذ الأول للأول خاصة؛ لأن حق الثاني إنما يثبت في قيمته عند الجناية على وليه وهي خمسائة فبقيت الخمسائة الأخرى سالمة للأول بلا منازعة، والخمسمائة الباقية بينهما يضرب فيها الأول بعشرة آلاف إلا خمسائة والآخر بعشرة آلاف، فيكون ذلك مقسومًا بينهما على تسعة وثلاثين سهمًا؛ لأنه يجعل كل خمسائة منهما سهمًا.

قوله: فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى وَقَدْ دَفَعَ المَوْلَى القِيمَةَ إِلَى وَلِيِّ الأُولَى بِقَضَاءٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، أي: على المولى؛ لأنه ما لزمه أكثر من قيمة واحد بجناياته، ولكن يتبع الثاني للأول فيأخذ منه نصف القيمة.

قوله: فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ - أي: فولي الجناية الثانية بالخيار - إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ المَوْلَى، أي: بنصف القيمة في ذمته، ثم يرجع المولى على الأول؛ لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه، وهو نظير الوصي إذا قضى دين أحد الغريمين من التركة ولم يعلم بالدين الآخر، أو قضى دين الغريم ثم حدث دين آخر بسبب كان وجد من الميت في حياته.

قوله: وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الجِنَايَةِ، أي: ولي الجناية الأولى.

قوله: وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَى المَوْلَى، وحاصله أن عندهما لا يتفاوت دفع المولى قيمة المدبر إلى ولي الجناية الأولى، حين وجدت الجناية بقضاء القاضي أو بغير قضاء القاضي

إِلَى مُسْتَحِقِّهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ القَضَاءَ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المَوْلَى جَانٍ بِدَفْعِ حَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ طَوْعًا، وَوَلِيُّ الأُولَى ضَامِنٌ بِقَبْضِ حَقِّهِ ظُلْمًا فَيَتَخَيَّرُ، وَهَذَا لِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ حُكْمًا مِنْ وَجْهٍ وَلِهَذَا يُشَارِكُ وَلِيُّ الجِنَايَةِ الأُولَى، وَمُتَأَخِّرَةٌ حُكْمًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا فَجُعِلَتْ كَالمُقَارِنَةِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ لِإِبْطَالِهِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ حَقِّ وَلِيِّ الثَّانِيَةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ.

(وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى المُدَبَّرَ وَقَدْ جَنَى جِنَايَاتٍ لَمْ تَلْزَمْهُ إِلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ)؛ لِأَنَّ

لا يتبع ولي الجناية الثانية المولى بنصف القيمة، بل يتبع ولي الجناية الأولى به.

هما يقولان: أن المولى حين دفع القيمة إلى الأول فقد فعل بنفسه عين ما يأمره القاضي به لو رفع إليه، فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء، كما في الرجوع بالهبة، وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها؛ وهذا لأنه حين دفع ما كان لأحد في القيمة حق سوى الأول؛ لأن السبب الموجب لحق الثاني وهو الجناية لم يوجد، والحكم لا يسبق السبب فلا يكون هو بهذا الدفع جانيًا في حق الثاني فلا يضمن له شيئًا، وكيف يكون جانيًا في حقه؟ ولو أراد أن يمنع نصف القيمة من الأول ما كان يتمكن من ذلك.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إنما يجب على المولى باعتبار منع الرقبة، وإنما منعها بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنايتين سواء، فيجعل في حق أولياء الجنايتين كأن دفع القيمة من المولى كان بعد وجود الجنايتين جميعًا، وهناك إن دفع إلى أحدهما جميع القيمة بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيئًا، وإن كان دفع بغير قضاء قاض كان للثاني الخيار، فهذا مثله.

والدليل على أن المعتبر هذا أن للثاني حق المشاركة مع الأول في تلك القيمة، ولا يكون ذلك إلا باعتبار ما بيَّنا، وهو أن يجعل كأنه جنى عليهما في حالة واحدة، كذا في «المبسوط».

قوله: فَجُعِلَتْ كَالمُقَارِنَةِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ ... عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، يعني: لمَّا عملنا بشبه

الضَّمَانَ إِنَّمَا وَجَبَ عَلَيْهِ بِالمَنْعِ فَصَارَ وُجُودُ الإِعْتَاقِ مِنْ بَعْدُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ.

(وَأُمُّ الوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ المُدبَّرِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا)؛ لِأَنَّ الاِسْتِيلَادَ مَانِعٌ مِنَ الدَّفْعِ كَالتَّدْبِيرِ (وَإِذَا أَقَرَّ المُدَبَّرُ بِجِنَايَةِ الخَطَإِ لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ وَلا يَلْزَمُهُ بِهِ شَيْءٌ عَتَقَ أَوْ لَمْ يُعْتَقْ)؛ لِأَنَّ مُوجَبَ جِنَايَةِ الخَطَإِ عَلَى سَيِّدِهِ وَإِقْرَارَهُ بِهِ لا يَنْفُذُ عَلَى السَّيِّدِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقهما، وجبَ أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ غَصْبِ العَبْدِ وَالمُدَبَّرِ وَالصَّبِيِّ وَالجِنَايَةِ فِي ذَلِكَ)

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدِهِ ثُمَّ غَصَبَهُ رَجُلٌ وَمَاتَ فِي يَدِهِ مِنَ القَطْعِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَإِنْ كَانَ المَوْلَى قَطَعَ يَدَهُ فِي يَدِ الغَاصِبِ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فِي يَدِ الغَاصِبِ لا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَالفَرْقُ أَنَّ الغَصْبَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ المِلْكِ كَالبَيْعِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هَلَكَ

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لمَّا ذكر حكم المدبر في الجناية، ذكر في الباب ما يرد عليه وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به.

قوله: وَالفَرْقُ أَنَّ الغَصْبَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، إلى آخره، وذكرالإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير» هذه المسألة ثم قال:

علل بعضهم بأن الغصب من أسباب الملك؛ لما عرف من مذهبنا أن المضمونات تملك عند أداء الضمان، فإذا تخلل الغصب بين الجناية والسراية تنقطع السراية كما لو تخلل بينهما بيع، فإذا انقطعت السراية صار كأنه غصب عبدًا أقطع ومات عنده لا من القطع،

وأمَّا إذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مستردًّا للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع، ألا ترى أن المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضًا، وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية فيبرأ الغاصب عن الضمان.

ثم قال: إلا أن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضاء؛ لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل

بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَلَمْ يُوجَدِ القَاطِعُ فِي الفَصْلِ الثَّانِي فَكَانَتِ السِّرَايَةُ مُضَافَةً إِلَى البِدَايَةِ فَصَارَ المَوْلَى مُتْلِفًا فَيَصِيرُ مُسْتَرِدًّا، كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ وَهُوَ اسْتِرْدَادٌ فَيَبْرَأُ الغَاصِبُ عَنِ الضَّمَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا غَصَبَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ)؛ لِأَنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ.

الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، أمّا قبله فلا، نصَّ عليه في آخر رهن «الجامع» والباب الثاني من جناياته، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع؛ لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد به سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب، إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرتفع؛ لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقةً وحكماً، ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكماً لا حقيقةً؛ لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقةً، والثابت حكماً دون الثابت حقيقةً وحكماً، ولم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب.

قوله: وَلَمْ يُوجَدِ القَاطِعُ، أي: قاطع السراية.

قوله: كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَى، أي: كيف لا يكون مستردًا والحال أنه استولى.

قوله: لِأَنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ، أي: في حال رقه، وأمّا بأقواله فهو غير مؤاخذ بها في حال رقه، أعني: بالأقوال الأقوال التي توجب المال، لا الأقوال التي توجب القصاص والحدود فإن العبد فيها بمنزلة الحر، بخلاف الإقرار بالمال فإن المحجور عليه إذا أقرَّ بالمال لغيره يؤاخذ به بعد الحرية، ولا يؤاخذ به في حال الرقية فكان قوله: لِأَنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ، للاحتراز عن أقوال المحجور وللاحتراز عن المأذون، فإن في المؤاخذة بالأفعال في حال الرق المأذون والمحجور سواء؛ لأنه ذكر في باب إقرار العبد بالدين من مأذون «المبسوط» في تعليل المسألة: والعبد مؤاخذ بضمان الغصب في الحال مأذوناً

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً أُخْرَى فَعَلَى الْمَوْلَى قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ)؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ أَعْجَزَ نَفْسَهُ عَنِ الدَّفْعِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فَيَصِيرُ مُبْطِلًا حَقَّ أَوْلِيَاءِ الْجِنَايَةِ إِذْ حَقُّهُمْ فِيهِ وَلَمْ يَمْنَعْ إِلَّا رَقَبَةً وَاحِدَةً فَلَا يُزَادُ عَلَى قِيمَتِهَا، وَيَكُونُ بَيْنَ وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْمُوجَبِ.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ الْمَوْلَى بِنِصْفِ قِيمَتِهِ عَلَى الْغَاصِبِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْبَدَلِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعَبْدِ بِهَذَا السَّبَبِ.

قَالَ: (وَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيُسَلَّمُ لَهُ)؛ لِأَنَّ الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ الْمَوْلَى عَلَى الْغَاصِبِ عِوَضُ مَا سَلَّمَ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى فَلَا يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى اجْتِمَاعِ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَكَيْلَا يَتَكَرَّرَ الِاسْتِحْقَاقُ.

كان أو محجورًا.

قوله: فَعَلَى الْمَوْلَى قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا، أي: بين ولي الجنايتين.

قوله: مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، لانعدام علم المولى وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل، فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فإن فيه الأقل من قيمته ومن الأرش، فكذا هنا.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيُسَلَّمُ لَهُ، أي: للمولى، فلمَّا سلم للمولى نصف القيمة الذي أخذه من الغاصب في المرَّة الأولى لا يرجع ثانيـًا على الغاصب.

وَلَهُمَا أَنَّ حَقَّ الأَوَّلِ فِي جَمِيعِ القِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ حِينَ جَنَى فِي حَقِّهِ لا يُزَاحِمُهُ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِاعْتِبَارِ مُزَاحَمَةِ الثَّانِي فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ بَدَلِ العَبْدِ فِي يَدِ المَالِكِ فَارِغًا يَأْخُذُهُ لِيُتِمَّ حَقَّهُ فَإِذَا أَخَذَهُ مِنْهُ يَرْجِعُ المَوْلَى بِمَا أَخَذَهُ عَلَى الغَاصِبِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مِنْ يَدِهِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الغَاصِبِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ جَنَى عِنْدَ المَوْلَى فَغَصَبَهُ رَجُلٌ فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً أُخْرَى فَعَلَى المَوْلَى قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ القِيمَةِ عَلَى الغَاصِبِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ حَصَلَ بِالجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ إِذْ كَانَتْ هِيَ فِي

قوله: فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا، أي: ولي الجناية الأولى إذا وجد شيئاً فارغاً من مزاحمة ولي الجناية الثانية مِنْ بَدَلِ العَبْدِ ... يَأْخُذُهُ.

وأمَّا ما قاله محمد رحمه الله من الجمع بين البدل والمبدل فقلنا: نعم كذلك في حق المولى والغاصب؛ لأن ما أخذه المولى من الغاصب بدل المدفوع إلى ولي الجناية الأولى، وأمَّا في حق المجنى عليه هو عوض ما لم يسلم لولي الجناية الأولى، فالاعتبار لمن يستقر عنده وهو المجنى عليه، ومثله جائز كالذمي إذا باع خمرًا وقضى به دين المسلم يجوز للمسلم أخذه؛ لأن تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي، وعوض عن الدين في حق المسلم فلذلك حل له أخذها، فعُلم بهذا أن الشيء الواحد يجوز أن يكون بدلًا عن عين في حق إنسان ويكون بدلًا عن شيءٍ آخر في حق غيره.

قوله: غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ، انتصابه على الاستثناء، ذكر هذا لبيان الفرق فإنه يدفع هذا الذي أخذه من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى بالاتفاق، وكان لا يدفعه إليه عند محمد في المسألة الأولى لأدائه إلى الجمع بين البدل والمبدل، وأمَّا هاهنا لو دفع إلى ولي الجناية الأولى لا يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل؛ لأنه لمَّا كانت الجناية الأولى عند المولى كان ما أخذه المولى من الغاصب بدلًا عمَّا دفع إلى ولي الجناية الثانية؛ لأن الموجود

يَدِ الغَاصِبِ فَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَى وَلا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الغَاصِبِ وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ. ثُمَّ وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي العَبْدِ فَقَالَ:

(وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَجَنَى فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهُ فَجَنَى جِنَايَةً أُخْرَى فَإِنَّ المَوْلَى يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَتَيْنِ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الغَاصِبِ بِنِصْفِ القِيمَةِ فَيَدْفَعُهُ إِلَى الأَوَّلِ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الغَاصِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَرْجِعُ بِنِصْفِ القِيمَةِ فَيُسَلِّمُ لَهُ)، وَإِنْ جَنَى عِنْدَ المَوْلَى ثُمَّ غَصَبَهُ فَجَنَى فِي يَدِهِ دَفَعَهُ المَوْلَى نِصْفَيْنِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيَدْفَعُهُ إِلَى الأَوَّلِ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ (وَالجَوَابُ فِي العَبْدِ كَالجَوَابِ فِي المُدَبَّرِ) فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، إِلَّا أَنَّ فِي هَذَا الفَصْلِ يَدْفَعُ المَوْلَى العَبْدَ وَفِي الأَوَّلِ يَدْفَعُ القِيمَةَ.

عند الغاصب الجناية الثانية دون الأولى، فلو دفع ذلك إلى ولي الجناية الأولى لا يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل فيدفع؛ لأن حق ولي الجناية الأولى كان في كل قيمة المدبر؛ لأن المدبر كان فارغاً وقت الجناية الأولى عن مزاحمة الثانية.

وفي المسألة الأولى أيضاً كان كذلك، وهو أن حق ولي الجناية الأولى كان في كل القيمة، إلا أن المأخوذ من الغاصب بدل عن المدفوع إلى ولي الجناية الأولى؛ لأن الجناية الأولى كانت عند الغاصب، فلو دفع إليه نصف القيمة الذي أخذ من الغاصب أدى إلى الجمع بين البدل والمبدل، فلا يدفع لمكان التعذر، ولكن قد ذكرنا جوابه عن هذا.

قوله: ثُمَّ وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي العَبْدِ، أي: ثم وضع محمد رحمه الله هذه المسألة في «الجامع الصغير» في العبد بعدما وضعها في حق المدبر؛ لأن كلتا المسألتين مذكورتان في «الجامع الصغير»، هذا كله مما أشار إليه في شروح «الجامع الصغير».

قوله: وَيَرْجِعُ بِهِ، أي: بذلك النصف الذي أعطى إلى ولي الجناية الأولى.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى ثُمَّ غَصَبَهُ ثُمَّ جَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً فَعَلَى الْمَوْلَى قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ)؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ رَقَبَةً وَاحِدَةً بِالتَّدْبِيرِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ عَلَى الغَاصِبِ)؛ لِأَنَّ الجِنَايَتَيْنِ كَانَتَا فِي يَدِ الغَاصِبِ (فَيَدْفَعُ نِصْفَهَا إِلَى الأَوَّلِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ كُلَّ القِيمَةِ، لِأَنَّ عِنْدَ وُجُودِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ لا حَقَّ لِغَيْرِهِ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِحُكْمِ المُزَاحِمَةِ مِنْ بَعْدِ.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الغَاصِبِ)؛ لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِهِ وَيُسَلِّمُ لَهُ، وَلا يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَى، وَلا إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهُ لا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي النِّصْفِ لِسَبْقِ حَقِّ الأَوَّلِ وَقَدْ وَصَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: هَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى الِاخْتِلَافِ كَالأُولَى، وَقِيلَ عَلَى الِاتِّفَاقِ. وَالفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ فِي الأُولَى الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ عِوَضٌ عَمَّا سَلَّمَ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَى؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ الثَّانِيَةَ كَانَتْ فِي يَدِ المَالِكِ، فَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَانِيًا يَتَكَرَّرُ الِاسْتِحْقَاقُ، فَأَمَّا فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ عِوَضًا عَنِ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ لِحُصُولِهَا فِي يَدِ الغَاصِبِ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَجْأَةً أَوْ بِحُمَّى فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ صَاعِقَةٍ أَوْ نَهْسَةِ حَيَّةٍ فَعَلَى عَاقِلَةِ الغَاصِبِ الدِّيَةُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَضْمَنَ فِي الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الغَصْبَ فِي الحُرِّ

قوله: ثُمَّ قِيلَ: هَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى الِاخْتِلَافِ، أي: الدفع إلى ولي الجناية الأولى.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا، فذكر الغصب في حق الحر وقع مجازا؛ لأن الغصب إنما يتحقق في الأموال لا في الأحرار، ولكن أراد به الذهاب بالصبي بغير إذن وليه.

لا يَتَحَقَّقُ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُكَاتَبًا صَغِيرًا لا يَضْمَنُ مَعَ أَنَّهُ حُرٌّ يَدًا، فَإِذَا كَانَ الصَّغِيرُ حُرًّا رَقَبَةً وَيَدًا أَوْلَى.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ لا يَضْمَنُ بِالغَصْبِ وَلَكِنْ يَضْمَنُ بِالإِتْلَافِ، وَهَذَا إِتْلَافٌ تَسَبُّبًا؛ لِأَنَّهُ نَقَلَهُ إِلَى أَرْضٍ مَسْبَعَةٍ أَوْ إِلَى مَكَانِ الصَّوَاعِقِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الصَّوَاعِقَ وَالحَيَّاتِ وَالسِّبَاعَ لا تَكُونُ فِي كُلِّ مَكَان، فَإِذَا نَقَلَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ وَقَدْ أَزَالَ حِفْظَ الوَلِيِّ فَيُضَافُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ شَرْطَ العِلَّةِ يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ العِلَّةِ إِذَا كَانَ تَعَدِّيًا كَالحَفْرِ

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ لا يَضْمَنُ بِالغَصْبِ وَلَكِنْ يَضْمَنُ بِالإِتْلَافِ؛ لأن التلف حصل بما يضاف إلى الغاصب، فإنه لو لا نقله وغصبه لما أصابته هذه الأشياء ظاهرًا، فكان في معنى الحفر فتضمن العاقلة باعتبار أن النقل بسبب منه.

فإن قلتَ: ما جوابنا عن مسألة المكاتب فإنه لا ضمان هناك بالاتفاق مع وجود مثل هذا النقل وإن كان المكاتب صغيرًا، وما حكم من غصب الكبير ونقله إلى مثل هذه الأمكنة فماتَ بإصابة مثل هذه العوارض.

قلتُ: جوابنا عن المكاتب هو أن المكاتب في يد نفسه صغيرًا كان أو كبيرًا، بخلاف الصغير الحر، ألا ترى أن المكاتب الصغير لا يزوجه أحد والحر الصغير يزوجه وليه، فعرفنا أن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير والحر الكبير في يد نفسه لا في يد الغاصب، فكذا المكاتب وإن كان صغيرًا هكذا، ذكر هذه المسألة القاضي الإمام علي السغدي رحمه الله في «شرح الزيادات».

وأمَّا حكم الحر الكبير فإنه إذا غصبه إنسان ونقله إلى مكان فأصابه شيء من هذه العوارض، ينظر إن قيده الغاصب حتى أصابه ولم يمكنه التحرز عنه يضمن؛ لأن المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب، وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن؛ لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافًا إلى تقصيره

فِي الطَّرِيقِ، بِخِلَافِ المَوْتِ فَجْأَةً أَوْ بِحُمَّى؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الأَمَاكِنِ، حَتَّى لَوْ نَقَلَهُ إِلَى مَوْضِعٍ يَغْلِبُ فِيهِ الحُمَّى وَالأَمْرَاضُ نَقُولُ بِأَنَّهُ يَضْمَنُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ لِكَوْنِهِ قَتْلًا تَسْبِيبًا.

قَالَ: (وَإِذَا أُودِعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ، وَإِنْ أُودِعَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أُودِعَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ مَالًا فَاسْتَهْلَكَهُ لا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ فِي الحَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ يُؤَاخَذُ بِهِ فِي الحَالِ. وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الإِقْرَاضُ وَالإِعَارَةُ فِي العَبْدِ وَالصَّبِيِّ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي أَصْلِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: صَبِيٌّ قَدْ عَقَلَ، وَفِي الجَامِعِ الكَبِيرِ وَضْعُ المَسْأَلَةِ فِي صَبِيٍّ ابْنِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً،

لا إلى الغاصب فلا يضمن، كالماشي إذا علم بالبئر ومشى كذلك حتى وقع في البئر لم يضمن الحافر شيئًا، بخلاف الصغير فإنه عاجز عن حفظ نفسه من أسباب التلف كالماشي على البئر إذا لم يعلم بالبئر، هذا كله مما ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا أُودِعَ صَبِيٌّ عَبْدًا، إلى آخره، وذكر في «شرح الطحاوي»: ومن أودع عند صبي مالًا فهلك في يده لا ضمان عليه بالإجماع، وإن استهلكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذونًا له في التجارة يضمن بالإجماع، وإن كان محجورًا عليه ولكنه قَبِلَ الوديعة بأمر وليه ضمن بالإجماع، وإن قَبِل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الإدراك.

وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال.

وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيْرَ العَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيطَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ وَفِعْلُهُ مُعْتَبَرٌ، لَهُمَا أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مُتَقَوِّمًا مَعْصُومًا حَقًّا لِمَالِكِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا كَانَتِ الوَدِيعَةُ عَبْدًا وَكَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ المُودَعِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ بِإِذْنِهِ وَرِضَاهُ؛ وَهَذَا لِأَنَّ العِصْمَةَ تَثْبُتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَى نَفْسِهِ حَيْثُ وَضَعَ المَالَ فِي يَدٍ مَانِعَةٍ فَلَا يَبْقَى مُسْتَحِقًّا لِلنَّظَرِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ غَيْرَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي الحِفْظِ، وَلَا إِقَامَةَ هَاهُنَا؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الِاسْتِقْلَالِ عَلَى الصَّبِيِّ وَلَا لِلصَّبِيِّ عَلَى نَفْسِهِ،

قوله: وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيْرَ العَاقِلِ يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ، وفي هذا الذي ذكره يساعده فخر الإسلام رحمه الله، ذكره في «الجامع الصغير»، وأمَّا في غيره من شروح «الجامع الصغير» لصدر الإسلام، وقاضي خان، والتمرتاشي رحمهم الله: فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها: هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلًا، وإن لم يكن عاقلًا فلا يضمن في قولهم.

قوله: وَكَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ المُودَعِ، حيث يضمن المتلف، ولو كان التسليط على الاستهلاك ثابتًا في حق الصبي المودع يثبت في حق غيره أيضًا؛ لأن المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح، فكان لكل واحد ولاية الاستهلاك من غير ضمان.

ومن حجة أبي يوسف رحمه الله ما ذكره في وديعة «المبسوط» فقال: إن ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء؛ لأن الإيداع من الصبي باطل؛ لأنه استحفاظ من لا يحفظ فكأنه لم يودعه ولكنه جاءَ فأتلف ماله، واستحفاظ من لا يحفظ تضييع للمال فكأنه ألقاه على قارعة الطريق، ولو فعل ذلك فأتلفه كان ضامنًا، فهذا مثله.

قوله: حَيْثُ وَضَعَ المَالَ فِي يَدٍ مَانِعَةٍ، أي: مانعة من الإيداع والإعارة فإنه لا ولاية له عليه، فإن الأصل أن كل يد مانعة، على معنى أنَّها تمنع يد غيره عليه إلا إذا قام يده مقام يده، وهاهنا لم يقم يده مقام يده لعدم الولاية له عليه فكان التضييع من جهته.

بِخِلَافِ البَالِغِ وَالمَأْذُونِ لَهُ؛ لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةٌ عَلَى أَنْفُسِهِمَا وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الوَدِيعَةُ عَبْدًا؛ لِأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ إِذْ هُوَ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ،

قوله: بِخِلَافِ البَالِغِ وَالمَأْذُونِ لَهُ؛ - يعني: لو أتلفا يضمنان بالإجماع - لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةٌ عَلَى أَنْفُسِهِمَا، فيصح الإيداع عندهما، وبعد صحة الإيداع لو أتلف المودع الوديعة يضمن.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الوَدِيعَةُ عَبْدًا - حيث يضمن الصبي المودَع - لِأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ، أي: لحق العبد، يعني: لا باعتبار أن المالك يعصمه؛ لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى تمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك، فلمَّا لم يوجد التسلط منه يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرًا أم كبيرًا، بخلاف سائر الأموال فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط.

وذكر في «الإيضاح»: وهذا بخلاف قتل العبد؛ لأنا إنما نعتبر فعله تمكيناً إذا كان هو متمكناً من ذلك الفعل بملكه، والمالك غير متمكن من القتل بملكه فلم يعتبر تمكينه، فأمَّا في غيره فهو متمكن من الإتلاف بالملك شرعا، وإنما لا يطلق له ذلك لكون الفعل سفهاً لا أنه غير مملوك له.

وذكر في «الأسرار» في جواب هذا فقال: قلنا: المولى بحكم يده ما كان يملك قتل العبد؛ لأنه أجنبيّ عنه في حق روحه وحياته فالعبد فيه كالحر، ثم قال:

فإن قيل: هذا الجواب يبطل بما لو كانت الوديعة شاة فخنقها الصبي أو العبد فإنه لا يضمن، ورب الشاة ما كان يملك هذا بحكم ملكه، قلنا: إنما يملك بحكم ملكه التصرف في حياتها فإنه يذبحها ولكن لا يملك الخنق؛ لأنه تضييع للمال لا لأنه إتلاف، كما لو سيبها لم يصح، وفي مسألة العبد لا يملك حياته ولا التصرف فيها بحكم أنه تضييع، ولكن بحكم أنه أجنبي عنه، ألا ترى أنه لو أقر عليه بالقصاص لا يصح.

قوله: إِذْ هُوَ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ، فلمَّا كان العبد في حق الدم بمنزلة

وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَتِ العِصْمَةُ بِالإِضَافَةِ إِلَى الصَّبِيِّ الَّذِي وَضَعَ فِي يَدِهِ المَالَ دُونَ غَيْرِهِ.

الحر لم يصح الإيداع في حقه؛ لأن الحر لا يجوز أن يكون وديعة غيره فلذلك لم يتناوله الإيداع والتسليط.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ سَقَطَتِ العِصْمَةُ بِالإِضَافَةِ إِلَى الصَّبِيِّ ... دُونَ غَيْرِهِ، أي: المالك بالإيداع عند الصبي إنما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره، وماله معصوم في حق غيره كما كان؛ لأن التسليط إنما وجد في حق الصبي لا في حق غيره، فصار مال الوديعة هنا بمنزلة من وجبَ عليه القصاص في حق دمه، فإنه غير معصوم الدم في حق من له القصاص، ومعصوم الدم في حق غيره كما كان؛ لما أن عصمة دمه إنما تثبت في حق من له القصاص لا غير، فكذا هنا.

فإن قيل: فصار حاصل تعليلهما دائرًا مع التسليط حيث وجد التسليط في حق الصبي دون غيره على ما ذكر، فيشكل على هذا ما لو استهلك الصبي الوديعة ثم جاء مستحق واستحقها وضمن الصبي لم يرجع الصبي على الآمر، ولو كان الإيداع منه تسليطاً لرجع بالضمان عليه كما لو قال له: أتلف هذا المال فأتلفه فإنه يرجع بما ضمن على الآمر.

قلنا: إنما فسرنا التسليط وحددناه بحد لا يرد عليه هذا السؤال، وهو التمكين منه بإثبات يده لا بأمر وطلب واستعمال، فكان نظير ما حددناه أن يقول لصبي: أبحتُ لك أن تأكل هذا المال فأكله ثم جاء مستحق وضمنه لم يرجع به على المبيح، فكذلك إذا أثبتَ يده عليه؛ لأنه يباح له بهذا ولا يكون محمولاً على التصرف، وأمَّا إذا أمره بالإتلاف فقد استعمله بالحمل عليه، ألا ترى أنه لو كان عبدًا صار غاصباً بالاستعمال بأمره، وإذا صار مستعملاً صار ضامناً له السلامة عن عهدة ما باشره باستعماله، ألا ترى أنه لو قال للعبد: أبحتُ لك هذا الطعام فأكله العبد لم يصر هذا المبيح غاصباً، بخلاف ما لو استعمله بأمره؛ وهذا لأن فيما ذكرنا ثبت التسليط حكماً لا صريحاً بالأمر، وعن هذا وقع التفاوت، ألا ترى أنه لو رأى عبده يتجر فسكت يصير العبد مأذوناً في التجارة، ولو ظهر أن العبد كان حرًّا أو استحقه

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَهْلَكَ مَالًا ضَمِنَ) يُرِيدُ بِهِ مِنْ غَيْرِ إِيدَاعٍ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ يُؤَاخَذُ بِأَفْعَالِهِ،

مستحق لم يرجع الغرماء على مولاه.

وبمثله لو قال: هذا عبدي آذنتُ له في التجارة، فبايعوه ثم ظهر أنه كان حرًّا أو استحقه مستحق رجع الغرماء على المولى؛ لأن الإذن في المبايعة مصرح به هاهنا ومسكوت عنه في الوجه الأول.

فإن قيل: لو كان الإيداع من الصبي تسليطًا له على الإتلاف لضمن الأب مال الوديعة بتسليمه إلى ابنه الصغير ليحفظها؛ لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير، والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن هناك، عرفنا أنه ليس بتسليط على الإتلاف، وكذا الأب إذا دفع مال الصبي إليه لا يضمن إذا تلف في يده، ولو كان تضييعًا لذلك بالتسليط لضمن الأب.

قلنا: إنما لم يضمن الأب فيهما؛ لأن يد من في عيال المودع إذا كان أهلًا لحفظ الوديعة كيد المودع، ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيد مثله فكذلك يحفظ مال غيره بيده، فكانت يد الصبي كيد الأب من هذا الوجه، ولو هلكت الوديعة في يد الأب لم يضمن فكذا إذا كان في يده حكمًا، هذا كله حاصل ما ذكره في وديعة «الأسرار»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي.

ومن حجتهما أيضًا ما ذكره في وديعة «المبسوط» فقال: وحجتهما ما قال في الكتاب؛ لأنه صبي وقد سلطه رب الوديعة على ماله حين دفعه إليه، وفي تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام:

أحدهما: أنه تسليط باعتبار العادة؛ لأن عادة الصبيان إتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الأمور، فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير كالإذن له في الإتلاف، وبقوله: احفظ، لا يخرج من أن يكون إذنًا؛ لأنه إنما خَاطَبَ بهذا من لا يحفظ فهو كمقدم الشعير بين يدي الحمار، وقال: لا تأكل.

بخلاف العبد والأمة؛ لأنه ليس من عادة الصبيان قتلهما؛ لأنَّهم يهابون القتل فلا يكون إيداعه تسليطًا على القتل، وأمَّا في الدابة فإنَّهم يركبون الدواب فثبت التسليط في الدابة

وَصِحَّةُ القَصْدِ لا مُعْتَبَرَ بِهَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بطريق العادة.

والأصح أن يقول: معنى التسليط تحويل يده في المال إليه، فإن المالك باعتبار يده كان متمكناً من استهلاكه، فإذا حول يده إليه صار متمكناً له من استهلاكه بالغاً كان المودع أو صبيًّا، إلا أن بقوله: احفظ، قصد أن يكون هذا التحويل مقصورًا على الحفظ دون غيره، وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي؛ لأنه التزام بالعقد والصبي ليس من أهله فيبقى التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد مطلقاً.

بخلاف العبد والأمة، فإن المالك باعتبار يده ما كان متمكناً من قبل الآدمي، فتحويل اليد إليه لا يكون تسليطاً على قتله، فلمَّا بقي التسليط مطلقاً في حق الصبي لم يضمن هو بالإتلاف، والدليل عليه أن الصبي لو ضيّع الوديعة لم يضمن بأن رأى إنساناً يأخذها، أو دل على أخذها والبالغ يضمن بمثله، وهذا الفرق إنما نشأ من أن الاستحفاظ صح في حق البالغ دون الصبي، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ القَسَامَةِ)

باب القسامة

لمَّا كان يؤول أمر القتيل في بعض الأحوال إلى القسامة شرع في بيانها.

فمن محاسن القسامة خلاص من يتهم بالقتل عن القصاص، وصيانة دم المقتول عن الإهدار بإيجاب الدية، وتعظيم أمر الدماء وخطرها بتكرار الأيمان، وتعيين الخمسين من الأيمان إنما ثبتَ بالأحاديث المشهورة.

فيحتاج هاهنا إلى بيان القسامة لغةً، وشرعًا، وبيان سببها، وركنها، وشرطها، وحكمها، ودليل شرعيتها.

أمَّا اللغة: فالقسامة على بناء الغرامة والجهالة، اسم وضع موضع الإقسام، ثم قيل للأَيْمَان التي تقسم على أهل المحلة إذا وجد قتيل فيها.

وأمَّا تفسيرها شرعًا: فما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه قال في القتيل يوجد في المحلة، أو في دار رجل في المصر: إن كان به جراحة، أو أثر ضرب، أو أثر خنق، ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلًا من أهل المحلة، كل رجل منهم يقول: بالله ما قتلتُه وما علمتُ له قاتلًا.

وأمَّا سببها: فوجود القتيل في المحلة، أو ما في معناها من الدار والموضع الذي يقرب من المصر بحيث يسمع الصوت منه.

وأمَّا ركنها: فأن يجري من يقسم هذه الكلمات على لسانه وهي قوله: بالله ما قتلتُه وما علمتُ له قاتلًا؛ لأن ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء والقسامة إنما تقوم بها.

قَالَ: (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ وَلا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ اُسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ، يَتَخَيَّرُهُمُ الوَلِيُّ بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ اسْتَحْلَفَ الأَوْلِيَاءُ خَمْسِينَ يَمِينًا وَيَقْضِي لَهُمْ بِالدِّيَةِ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ

وأمَّا شرطها: فهو أن يكون المقسم رجلًا بالغًا عاقلًا حرًّا، فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبيُّ والمجنون والعبد، وأن يكون في الميت الموجود في المحلة أثر القتل، وأمَّا لو وجد ميتًا لا أثر به فلا قسامة ولا دية.

ومن شرطها أيضًا تكميل اليمين بالخمسين، فإنه لو لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان على من وجد منهم حتى يتم خمسين.

وأمَّا حكمها: فالقضاء بوجوب الدية بعد الحلف، وفي الإباء الحبس حتى يحلفوا لو ادعى الولي قتل العمد، وأمَّا لو ادعى الوليُّ قتل الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول.

وأمَّا دليل شرعيتها: فالأحاديث المشهورة كحديث سهل وغيره، وقضاءِ عُمر رضي الله عنه، وإجماع الصحابة في زمن خلافة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم، إلى هذا أشار في «التحفة» وغيرها.

قوله: يَتَخَيَّرُهُمُ الوَلِيُّ بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا، هذا على طريق الحكاية عن الجميع، وأمَّا عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله: ما قتلتُه، ولا يحلف بالله: ما قتلنا؛ لجواز أن يكون باشر القتل بنفسه فيجترئ على يمينه بالله ما قتلنا.

فإن قيل: يجوز أنه قتل مع غيره فيجترئ على يمينه بالله ما قتلتُ كما في عكسه، قلنا: لا كذلك؛ لأنه إذا حلف بالله ما قتلتُ وكان قتل مع غيره كان كاذبًا في يمينه، فإن الجماعة متى قتلوا واحدًا يكون كل واحدٍ منهم قاتلًا، ولهذا يجب القصاص علي كل واحدٍ منهم في العمد والكفارة في الخطأ، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

اللوث: من لوَّث الماء كدَّره ولوث ثيابه بالطين، أي: لطخها فتلوثت، ومنه: بينهم لوث وعداوة، أي: شز أو طلب بحقد.

عَمْدًا كَانَتِ الدَّعْوَى أَوْ خطأً، وَقَالَ مَالِكٌ: يَقْضِي بِالقَوَدِ إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَى فِي القَتْلِ العَمْدِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ، وَالمَوْتُ عِنْدَهُمَا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ عَلَامَةُ القَتْلِ عَلَى وَاحِدٍ بِعَيْنِهِ أَوْ ظَاهِرٍ يَشْهَدُ لِلْمُدَّعِي مِنْ عَدَاوَةٍ ظَاهِرَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَدْلٍ أَوْ جَمَاعَةٍ غَيْرِ عُدُولٍ أَنَّ أَهْلَ المَحَلَّةِ قَتَلُوهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ فَمَذْهَبُهُ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، غَيْرَ أَنَّهُ لا يُكَرِّرُ اليَمِينَ بَلْ يَرُدُّهَا عَلَى الوَلِيِّ، فَإِنْ حَلَفُوا لا دِيَةَ عَلَيْهِمْ لِلشَّافِعِيِّ فِي البَدَاءِ بِيَمِينِ الوَلِيِّ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلْأَوْلِيَاءِ «فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ»؛ وَلِأَنَّ اليَمِينَ تَجِبُ عَلَى مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ وَلِهَذَا تَجِبُ عَلَى صَاحِبِ اليَدِ، فَإِذَا كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَلِيِّ يُبْدَأُ بِيَمِينِهِ وَرَدُّ اليَمِينِ عَلَى المُدَّعِي أَصْلٌ لَهُ كَمَا فِي النُّكُولِ، غَيْرَ أَنَّ هَذِهِ دَلَالَةٌ فِيهَا نَوْعُ شُبْهَةٍ وَالقِصَاصُ لا يُجَامِعُهَا وَالمَالُ يَجِبُ مَعَهَا فَلِهَذَا وَجَبَتِ الدِّيَةُ.

وفي القسامة: إِذَا كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ، هي أن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه، أو يكون هناك عداوة ظاهرة.

قوله: وَالقِصَاصُ لا يُجَامِعُهَا، أي: لا يجامع الشبهة.

اعلم أن الأصل في شرعية القسامة الأحاديث المشهورة:

منها: حديث سهل بن أبي خيثمة: «أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحُويصة ومُحيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا إلى حوائجهم، فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلًا في قليب من خيبر يتشخط في دمه، فجاءوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم: الكُبر الكُبر، فتكلم أحد عميه حويصة أو محيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك قال: ومن قتله؟ قالوا: ومن يقتله سوى اليهود، قال: «تُبَرِّئُكُمُ اليَهُودُ بِأَيْمَانِهَا»، فقالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار

وَلنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» وَفِي رِوَايَةٍ «عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ» وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ المُسَيِّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بَدَأَ بِاليَهُودِ بِالقَسَامَةِ وَجَعَلَ الدِّيَةَ عَلَيْهِمْ لِوُجُودِ القَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ»؛ وَلِأَنَّ اليَمِينَ حُجَّةٌ لِلدَّفْعِ دُونَ الِاسْتِحْقَاقِ وَحَاجَةُ الوَلِيِّ إلَى الِاسْتِحْقَاقِ وَلِهَذَا لَا يَسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ المَالَ المُبْتَذَلَ فَأَوْلَى أَنْ لَا يَسْتَحِقَّ بِهِ النَّفْسَ المُحْتَرَمَةَ.

لا يبالون ما حلفوا عليه، قال عليه الصلاة والسلام: أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ فقالوا: كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة».

ثم قيل: إنما ودى رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ لأنه تجوز الحمالة عن أهل الذمة، فإن قضاء دين الغير برٌّ له وأهل الذمة من أهل البر إليهم، حتى جاز عندنا صرف الكفارات إليهم، ولا يجوز من مال الزكاة إلا على سبيل الاستقراض من بيت المال.

ومنها: حديث الزهري، وهو ما روى الزهري عن سعيد بن المسيب: «أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية قرَّرها رسول الله عليه السلام في قتيل من الأنصار وجد في جب اليهود بخيبر»، وذكر الحديث إلى أن قال: فألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة، وفي رواية: فكتب إليهم: إمَّا أن تدوه أو فأذنوا بحرب من الله ورسوله.

واحتج مالك والشافعي رحمهم الله بآخر هذا الحديث بقوله عليه الصلاة والسلام: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم»، وفي رواية: تحلفون وتستخفون، وهذا تنصيص على أن اليمين على الولي، وأنه يستحق القصاص به.

ثم قال الشافعي رحمه الله تعالى في القول الجديد: يرجح جانب المدعي ولكن بحجة فيها ضرب شبهة، والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات فيجب المال؛ وهذا لأن اليمين حجة من يشهد له الظاهر كما في سائر الدعاوي، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه؛ لأن الأصل براءة ذمته، فأمَّا في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون اليمين حجة له، وهذا

وَقَوْلُهُ يَتَخَيَّرُهُمْ الوَلِيُّ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ خِيَارَ تَعْيِينِ الخَمْسِينَ إِلَى الوَلِيِّ؛ لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَخْتَارُ مَنْ يَتَّهِمُهُ بِالقَتْلِ أَوْ يَخْتَارُ صَالِحِي أَهْلِ المَحَلَّةِ لِمَا أَنَّ تَحَرُّزَهُمْ عَنِ اليَمِينِ الكَاذِبَةِ أَبْلَغُ التَّحَرُّزِ فَيَظْهَرُ القَاتِلُ، وَفَائِدَةُ اليَمِينِ النُّكُولُ، فَإِنْ كَانُوا لا يُبَاشِرُونَ وَيَعْلَمُونَ يُفِيدُ يَمِينَ الصَّالِحِ عَلَى العِلْمِ بِأَبْلَغَ مِمَّا

معنى قوله في الكتاب: فَإِذَا كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَلِيِّ يُبْدَأُ بِيَمِينِهِ.

وحجتنا ما روينا من الآثار المشهورة، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: لو أعطي الناس بدعواهم، الحديث، وقد بيَّنا في الدعوى أن اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق فلسٍ بها، فكيف يكون حجة لاستحقاق نفس خصوصاً في موضع يتيقن بأن الحالف مجازف يحلف على ما لم يعاينه بحال محتمل في نفسه وهو اللوث، وإنما اليمين مشروعة لإيفاء ما كان على ما كان فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقًّا.

فأمَّا قوله: أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم، لا تكاد تصح هذه الزيادة، وقد قال جماعة من أهل الحديث أولهم سهل بن أبي خيثمة: ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم، ولو ثبت فإنما قال ذلك على سبيل الاستفهام عليهم لا على طريق الحكم والأمر لهم بذلك، فإن الثاني معطوف على الأول فشاركه في الاستفهام، فإنه لو كان على سبيل الحكم لكان يقول: أتحلفون فتسحقوا دم صاحبكم، كما تقول: أتدخل الدار فتنصر الأمرَ، بالنصب أريد به التعليق في الحكم، وإذا أريد به الاستفهام قيل: أتدخل الدار وتجلس فيها، بالرفع أي: أتجلس فيها بعد الدخول، والاستفهام استخبار عن فعله أيفعله أم لا؟ وليس ببيان أنه يجوز له ذلك، أو هو محمول على الاستفهام بطريق الإنكار كقوله تعالى: ﴿أَتَأْتُونَ ٱلذُّكْرَانَ مِنَ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٦٥﴾ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُمۚ﴾ [الشعراء: ١٦٥-١٦٦]، وكذلك قوله: تحلفون، معناه أتحلفون كقوله تعالى: ﴿تُرِيدُونَ عَرَضَ ٱلدُّنْيَا﴾ [الأنفال: ٦٧]، معناه أتريدون، وكأنه عليه الصلاة والسلام رأى منهم الرغبة في حكم الجاهلية حين أبوا أيمان اليهود بقولهم: لا نرضى بيمين قوم كفار، فقال

يُفِيدُ يَمِينُ الطَّالِحِ، وَلَوِ اخْتَارُوا أَعْمَى أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ جَازَ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ.

قَالَ: (وَإِذَا حَلَفُوا قَضَى عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ وَلَا يُسْتَحْلَفُ الوَلِيُّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لا تَجِبُ الدِّيَةُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللهِ بْنِ سَهْلٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «تُبَرِّئُكُمُ اليَهُودُ بِأَيْمَانِهَا»؛ وَلِأَنَّ اليَمِينَ عُهِدَ فِي الشَّرْعِ مُبَرِّئًا لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ لا مُلْزِمًا كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى.

وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - جَمَعَ بَيْنَ الدِّيَةِ وَالقَسَامَةِ فِي حَدِيثِ ابْنِ سَهْلٍ وَفِي حَدِيثِ زِيَادِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ، وَكَذَا جَمَعَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بَيْنَهُمَا

ذلك علي سبيل الزجر، فلمَّا عرفوا كراهة رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك رغبوا عنه بقولهم: كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ، وبهذا التعليل يحترز عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منه؛ لما أن اللعان شهادة والمحدود في القذف والأعمى ليس لهما شهادة الأداء، فأمَّا هذه فيمين محضة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا حَلَفُوا قَضَى عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ، أي: على عاقلة أهل المحلة.

وفي «المبسوط»: ثم إنما يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة في ثلاث سنين؛ لأن حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأ، وإذا كانت الدية هناك على عاقلته في ثلاث سنين فهاهُنا أَوْلَى.

وفي ظاهر الرواية: القسامة على أهل المحلة والدية على عواقلهم، وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله أن على قول زفر القسامة والدية على عاقلة أهل المحلة قياساً لأحد الموجبين على الآخر، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقلة؛ لأن التحمل يجزي في الدية ولا يجزي التحمل في اليمين.

عَلَى وَادِعَةَ. وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «تُبَرِّئُكُمُ اليَهُودُ» مَحْمُولٌ عَلَى الإِبْرَاءِ عَنِ القِصَاصِ وَالحَبْسِ، وَكَذَا اليَمِينُ مُبَرِّئَةٌ عَمَّا وَجَبَ لَهُ اليَمِينُ وَالقَسَامَةُ مَا شُرِعَتْ لِتَجِبَ الدِّيَةُ إِذَا نَكَلُوا، بَلْ شُرِعَتْ لِيَظْهَرَ القِصَاصُ بِتَحَرُّزِهِمْ عَنِ اليَمِينِ الكَاذِبَةِ فَيُقِرُّوا بِالقَتْلِ، فَإِذَا حَلَفُوا حَصَلَتِ البَرَاءَةُ عَنِ القِصَاصِ. ثُمَّ الدِّيَةُ تَجِبُ بِالقَتْلِ المَوْجُودِ مِنْهُمْ ظَاهِرًا لِوُجُودِ القَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ لا بِنُكُولِهِمْ، أَوْ وَجَبَتْ بِتَقْصِيرِهِمْ فِي المُحَافَظَةِ كَمَا فِي القَتْلِ الخَطَإِ (وَمَنْ أَبَى مِنْهُمُ اليَمِينَ حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ)؛ لِأَنَّ اليَمِينَ فِيهِ مُسْتَحَقَّةٌ لِذَاتِهَا تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الدَّمِ وَلِهَذَا يُجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَةِ، بِخِلَافِ النُّكُولِ فِي الأَمْوَالِ؛ لِأَنَّ اليَمِينَ بَدَلٌ عَنْ أَصْلِ حَقِّهِ وَلِهَذَا يَسْقُطُ بِبَذْلِ المُدَّعِي وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لا يَسْقُطُ بِبَذْلِ الدِّيَةِ، هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَى الوَلِيُّ القَتْلَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ المَحَلَّةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى عَلَى البَعْضِ لا بِأَعْيَانِهِمْ وَالدَّعْوَى فِي العَمْدِ أَوِ الخَطَإِ لِأَنَّهُمْ لا يَتَمَيَّزُونَ عَنِ البَاقِي، وَلَوِ ادَّعَى عَلَى البَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا أَوْ خَطأً فَكَذَلِكَ الجَوَابُ، يَدُلُّ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ، وَهَكَذَا الجَوَابُ فِي المَبْسُوطِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الأَصْلِ

وَادِعَة: اسم قبيلة من هَمْدان.

قوله: وَلَوِ ادَّعَى عَلَى البَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا أَوْ خَطأً، إلى أن قال: وَإِنْ كَانَ فِي القِصَاصِ فَهُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَضَى فِي كِتَابِ الدَّعْوَى، هكذا في بعض النسخ وهو الأصح؛ لأنه أحال على هذا المذكور هذه المسألةَ بعد هذا بورقتين أو أكثر في قوله: وَإِنِ ادَّعَى الوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ لَمْ تَسْقُطِ القَسَامَةُ عَنْهُمْ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَذَكَرْنَا فِيهِ القِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ، وهذه الحوالة ليست إلا في ذلك المذكور في بعض النسخ.

أَنَّ فِي القِيَاسِ تَسْقُطُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَنِ البَاقِينَ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ، وَيُقَالُ لِلْوَلِيِّ أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَإِنْ قَالَ لا يُسْتَحْلَفُ المُدَّعَى عَلَيْهِ يَمِينًا وَاحِدَةً. وَوَجْهُهُ أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ لِاحْتِمَالِ وُجُودِ القَتْلِ مِنْ غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا عُرِفَ بِالنَّصِّ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي مَكَانٍ يُنْسَبُ إِلَى المُدَّعَى عَلَيْهِمْ وَالمُدَّعِي يَدَّعِي القَتْلَ عَلَيْهِمْ، وَفِيمَا وَرَاءَهُ بَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى القَتْلَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ.

وَفِي الِاسْتِحْسَانِ تَجِبُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ؛ لِأَنَّهُ لا فَصْلَ فِي إِطْلَاقِ النُّصُوصِ بَيْنَ دَعْوَى وَدَعْوَى فَنُوجِبُهُ بِالنَّصِّ لا بِالقِيَاسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ، فَلَوْ أَوْجَبْنَاهُمَا لَأَوْجَبْنَاهُمَا بِالقِيَاسِ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، ثُمَّ حُكْمُ ذَلِكَ أَنْ يُثْبِتَ مَا ادَّعَاهُ إِذَا كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ اسْتَحْلَفَهُ يَمِينًا وَاحِدَةً؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَسَامَةٍ لِانْعِدَامِ النَّصِّ وَامْتِنَاعِ القِيَاسِ.

ثُمَّ إِنْ حَلَفَ بَرِئَ وَإِنْ نَكَلَ وَالدَّعْوَى فِي المَالِ ثَبَتَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ فِي القِصَاصِ فَهُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَضَى فِي كِتَابِ الدَّعْوَى.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يُكْمِلْ أَهْلُ المَحَلَّةِ كُرِّرَتِ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ حَتَّى تَتِمَّ خَمْسِينَ) لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لَمَّا قَضَى فِي القَسَامَةِ وَافَى إِلَيْهِ تِسْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ رَجُلًا فَكَرَّرَ اليَمِينَ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ حَتَّى تَمَّتْ خَمْسِينَ ثُمَّ قَضَى بِالدِّيَةِ. وَعَنْ شُرَيْحٍ وَالنَّخَعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ مِثْلُ ذَلِكَ؛ وَلِأَنَّ الخَمْسِينَ وَاجِبٌ بِالسُّنَّةِ فَيَجِبُ

قوله: وَإِنْ لَمْ يُكْمِلْ أَهْلُ المَحَلَّةِ كُرِّرَتِ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ، ويجوز تكرار اليمين من واحدٍ كما في كلمات اللعان.

إِتْمَامُهَا مَا أَمْكَنَ، وَلا يُطْلَبُ فِيهِ الوُقُوفُ عَلَى الفَائِدَةِ لِثُبُوتِهَا بِالسُّنَّةِ، ثُمَّ فِيهِ اسْتِعْظَامُ أَمْرِ الدَّمِ، فَإِنْ كَانَ العَدَدُ كَامِلًا فَأَرَادَ الوَلِيُّ أَنْ يُكَرِّرَ عَلَى أَحَدِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ المَصِيرَ إِلَى التَّكْرَارِ ضَرُورَةُ الإِكْمَالِ.

قَالَ: (وَلا قَسَامَةَ عَلَى صَبِيٍّ وَلا مَجْنُونٍ)؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ القَوْلِ الصَّحِيحِ وَاليَمِينُ قَوْلٌ صَحِيحٌ.

قَالَ: (وَلا امْرَأَةٍ وَلا عَبْدٍ)؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَاليَمِينُ عَلَى أَهْلِهَا.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ مَيِّتًا لا أَثَرَ بِهِ فَلا قَسَامَةَ وَلا دِيَةَ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَتِيلٍ، إِذِ القَتِيلُ فِي العُرْفِ مَنْ فَاتَتْ حَيَاتُهُ بِسَبَبٍ يُبَاشِرُهُ حَيٌّ وَهَذَا مَيِّتٌ حَتْفَ أَنْفِهِ، وَالغَرَامَةُ تَتْبَعُ فِعْلَ العَبْدِ وَالقَسَامَةُ تَتْبَعُ احْتِمَالَ القَتْلِ ثُمَّ يَجِبُ عَلَيْهِمُ القَسَمُ فَلا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ بِهِ أَثَرٌ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى كَوْنِهِ قَتِيلًا، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ بِهِ جِرَاحَةٌ أَوْ أَثَرُ ضَرْبٍ أَوْ خَنْقٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَ خَرَجَ الدَّمُ مِنْ عَيْنِهِ أَوْ أُذُنِهِ؛ لِأَنَّهُ لا يَخْرُجُ مِنْهَا إِلَّا بِفِعْلٍ مِنْ جِهَةِ الحَيِّ عَادَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَرَجَ مِنْ فِيهِ أَوْ دُبُرِهِ أَوْ ذَكَرِهِ؛ لِأَنَّ الدَّمَ يَخْرُجُ مِنْ هَذِهِ المَخَارِجِ عَادَةً بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الشَّهِيدِ.

(وَلَوْ وُجِدَ بَدَنُ القَتِيلِ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ البَدَنِ أَوِ النِّصْفُ وَمَعَهُ الرَّأْسُ فِي مَحَلَّةٍ فَعَلَى أَهْلِهَا القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ، وَإِنْ وُجِدَ نِصْفُهُ مَشْقُوقًا بِالطُّولِ أَوْ وُجِدَ أَقَلُّ مِنَ النِّصْفِ وَمَعَهُ الرَّأْسُ أَوْ وُجِدَ يَدُهُ أَوْ رِجْلُهُ أَوْ رَأْسُهُ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِمْ)؛ لِأَنَّ هَذَا حُكْمٌ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَقَدْ وَرَدَ بِهِ فِي البَدَنِ، إِلَّا أَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الكُلِّ تَعْظِيمًا لِلْآدَمِيِّ،

....

بِخِلَافِ الأَقَلِّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبَدَنٍ وَلا مُلْحَقٍ بِهِ فَلَا تَجْرِي فِيهِ القَسَامَةُ، وَلِأَنَّا لَوِ اعْتَبَرْنَاهُ تَتَكَرَّرُ القَسَامَتَانِ وَالدِّيَتَانِ بِمُقَابَلَةِ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَلا تَتَوَالَيَانِ، وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ المَوْجُودَ الأَوَّلَ إِنْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ وُجِدَ البَاقِي تَجْرِي فِيهِ القَسَامَةُ لا تَجِبُ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ وُجِدَ البَاقِي لا تَجْرِي فِيهِ القَسَامَةُ تَجِبُ، وَالمَعْنَى مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ، وَصَلَاةُ الجِنَازَةِ فِي هَذَا تَنْسَحِبُ عَلَى هَذَا الأَصْلِ؛ لِأَنَّهَا لا تَتَكَرَّرُ.

(وَلَوْ وُجِدَ فِيهِمْ جَنِينٌ أَوْ سِقْطٌ لَيْسَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ فَلَا شَيْءَ عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ)؛ لِأَنَّهُ لا يَفُوقُ الكَبِيرُ حَالًا (وَإِنْ كَانَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ وَهُوَ تَامُّ الخَلْقِ وَجَبَتِ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَّ الخَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا (وَإِنْ كَانَ نَاقِصَ الخَلْقِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ)؛ لِأَنَّهُ يَنْفَصِلُ مَيِّتًا لا حَيًّا.

قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَّ الخَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا، فإن قلتَ: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ولهذا قلنا في عين الصبي وذَكَره ولسانه إذا لم يعلم صحته حكومة العدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها.

قلتُ: إن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ولا تعظيم للأموال كتعظيم النفوس، فلذلك لم يجب فيما لم يعلم سلامته يقيناً ما يجب في الذي علم سلامته يقيناً ممَّا له خطر من القصاص والدية، وأمَّا الجنين فهو في نفسه عضو من وجه ونفس من وجه، فاعتبرنا جهة النفس إذا انفصل حيًّا فيستدل عليه بتمام الخلق، وإذا انفصل ميتاً اعتبرنا جهة العضو فيستدل عليه بناقص الخلق، فكان الظاهر هنا بمنزلة القتيل الموجود في المحلة وبه أثر الجراحة، يحكم أنه مقتول بسبب هذا الظاهر فتجب القسامة والدية، وإن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه لا بسبب الجراحة.

وأمَّا الأعضاء فلمَّا كان فيها شبه المالية لم توجب الدية التي لها خطر إلا عند التيقن.

قَالَ: (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ المَحَلَّةِ)؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي دَارِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِدَهَا أَوْ رَاكِبَهَا (فَإِنِ اجْتَمَعُوا فَعَلَيْهِمْ)؛ لِأَنَّ القَتِيلَ فِي أَيْدِيهِمْ فَصَارَ كَمَا إِذَا وُجِدَ فِي دَارِهِمْ.

قوله: وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، أي: على عاقلة السائق سواء أكان السائق مالكاً للدابة أم غير مالك.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِدَهَا أَوْ رَاكِبَهَا؛ لأنه هو المختص بتدبير هذه الدابة وباليد عليها، ألا ترى أنَّها لو أوطأت إنساناً كان ذلك على الذي معه بالسوق أو غيره، فكذلك إذا وجد قتيلًا عليها، فإذا لم يكن مع الدابة أحد فهو على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة؛ لأن وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة.

وقد رُوي عن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية الأصول أنه كان يفصل الجواب في الدابة تفصيلًا ويقول: إن هذا هكذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشماً مختفياً سرًّا؛ لأن الظاهر أنه هو القاتل إذا كان يسوقها على هذا الوجه، فأمَّا إذا كان يسوقها غير محتشمٍ نَهارًا جهارًا فلا شيء عليه؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه أو واحدًا من أقربائه ميتاً وينقله إلى بلده ليدفنه فيه، وظاهر حاله في السوق يدل عليه فلا نجعله قاتلًا.

فإن قلتَ: ما الفرق لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بين سائق الدابة، أو قائدها، أو راكبها هاهنا وبين الدار، فإنه إذا وجد القتيل في الدار تجب القسامة والدية على مالك الدار، لا على الساكن الذي في يده الدار عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهاهنا تجب القسامة على الذي في يده الدابة من السائق وغيره، والدية على عاقلته لا على مالك الدابة.

قلتُ: له جوابين:

أحدهما بطريق المنع فنقول: لا نسلم بأن الدية هنا لا تجب على مالك الدابة، فإن من مشايخنا من قال هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا لم يكن للدابة مالك معروف، وإنما يعرف ذلك بقول القائد والسائق، وأمَّا إذا كان للدابة مالك معروف فإنه يجب على مالك

قَالَ: (وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ القَرْيَتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أُتِيَ بِقَتِيلٍ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ فَأَمَرَ أَنْ يُذْرَعَ». وَعَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ لَمَّا كُتِبَ إِلَيْهِ فِي القَتِيلِ الَّذِي وُجِدَ بَيْنَ وَدَاعَةَ

الدابة؛ وهذا لأنه متى لم يكن للدابة مالك معروف فالمالك من حيث الظاهر هو الذي في يده الدابة، ألا ترى أنه لو ادعى أن الدابة دابته كان القول قوله، فإذا كان ذو اليد مالكًا من حيث الظاهر فالقسامة والدية تجب عليه بظاهر ملكه، فإذا أراد أن يحوله إلى غيره لا يقدر، كما في الدار إذا أقرَّ الذي في يده الدار أن الدار لغيره ولم يكن المقر له مالكًا معروفًا للدار لا يصدق ذو اليد، فأمَّا إذا كان مالك الدار معروفًا فإنه تجب القسامة والدية على مالك الدار، فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بين الدابة والدار.

والثاني بطريق التسليم، وهو أيضًا مما قاله بعض مشايخنا فقالوا: سواء أكان للدابة مالك معروف أو لم يكن، فإن القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته، وظاهر إطلاق الجواب في الكتاب يدل على هذا، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين الدار على ما ذكرتُ، والفرق هو أن العبرة في هذا الباب للتصرف والرأي والتدبير، ثم التصرف والرأي والتدبير في الدار يكون للمالك؛ لأنه لا يتصور - أي: مادام مالكًا - انقطاع يده عن ذلك؛ لأنه وإن آجرها فالمئونة تكون على المالك فتكون القسامة عليه، وأمَّا في الدابة فالتصرف والرأي والتدبير إلى من في يده الدابة؛ لأن زوال يد صاحب الدابة عن الدابة يثبت بالإجارة وكذلك بالانفلات، فتكون القسامة على الذي في يده الدابة لذلك، هذا كله من «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: أُتِيَ بِقَتِيلٍ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ فَأَمَرَ أَنْ يُذْرَعَ، وهو في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أن قتيلًا وجد بين قريتين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر أن يمسح بينهما، فوُجد إلى إحدى القريتين أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية، كذا في «المبسوط».

وَادِعَةَ وَأَرْحَبَ: قبيلتان من هَمْدان.

وَأَرْحَبَ كَتَبَ بِأَنْ يَقِيسَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ، فَوُجِدَ القَتِيلُ إِلَى وَادِعَةَ أَقْرَبَ فَقَضَى عَلَيْهِمْ بِالقَسَامَةِ. قِيلَ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَبْلُغُ أَهْلَهُ الصَّوْتُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ يَلْحَقُهُ الغَوْثُ فَتُمْكِنُهُمُ النُّصْرَةُ وَقَدْ قَصَّرُوا.

قَالَ: (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالقَسَامَةُ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ (وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ)؛ لِأَنَّ نُصْرَتَهُ مِنْهُمْ وَقُوَّتَهُ بِهِمْ.

قَالَ: (وَلَا تَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي القَسَامَةِ مَعَ المُلَّاكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّدْبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالمِلْكِ تَكُونُ بِالسُّكْنَى أَلَا تَرَى «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - جَعَلَ القَسَامَةَ

قوله: وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالقَسَامَةُ عَلَيْهِ، فصار صاحب الدار مع أهل المحلة بمنزلة أهل المحلة مع أهل المصر، فلمَّا لم يدخل أهل المصر مع أهل المحلة كذلك لا يدخل أهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: وَلَا تَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي القَسَامَةِ مَعَ المُلَّاكِ - يعني: إذا كان في المحلة سكان وملاك - عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وإنما ذكر قولهما بهذا الطريق ولم يقل: عند أبي حنيفة ومحمد، ليظهر عدم أصالة محمد في هذا القول كأصالة أبي حنيفة رحمهما الله فيه؛ لأنه ذكر في «الأسرار» بعدما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف هذا الاختلاف فقال: وقول محمد مضطرب.

وهاهنا اختار كونه مع أبي حنيفة ولكن مع نوع إشارة إلى أنه ليس بأصل في هذا القول، فصار كأنه قال: وهو قول محمد في بعض الروايات.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ هُوَ عَلَيْهِمْ، وهذا هو قوله الآخر، وكان قوله الأول كقولهما ثم رجع إلى هذا القول وهو قول ابن أبي ليلى.

وَالدِّيَةَ عَلَى اليَهُودِ وَإِنْ كَانُوا سُكَّانًا بِخَيْبَرَ» . وَلَهُمَا أَنَّ المَالِكَ هُوَ المُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ البُقْعَةِ دُونَ السُّكَّانِ؛ لِأَنَّ سُكْنَى المُلَّاكِ أَلْزَمُ وَقَرَارَهُمْ أَدْوَمُ فَكَانَتْ وِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ فَيَتَحَقَّقُ التَّقْصِيرُ مِنْهُمْ. وَأَمَّا أَهْلُ خَيْبَرَ فَالنَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَقَرَّهُمْ عَلَى أَمْلَاكِهِمْ فَكَانَ يَأْخُذُ مِنْهُمْ عَلَى وَجْهِ الخَرَاجِ.

قَالَ: (وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الخُطَّةِ دُونَ المُشْتَرِينَ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الكُلُّ مُشْتَرِكُونَ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِتَرْكِ الحِفْظِ مِمَّنْ لَهُ وِلَايَةُ الحِفْظِ وَبِهَذَا الطَّرِيقِ يُجْعَلُ جَانِيًا مُقَصِّرًا، وَالوِلَايَةُ بِاعْتِبَارِ المِلْكِ وَقَدِ اسْتَوَوْا فِيهِ.

قوله: لِأَنَّ سُكْنَى المُلَّاكِ أَلْزَمُ وَقَرَارَهُمْ أَدْوَمُ؛ لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك، والدليل عليه أن ما يبتنى من الغنم شرعـًا على القرب مختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشفعة، فكذلك ما يكون من الغرم شرعـًا.

الخُطَّة: المكان المختط لبناء الدار وغير ذلك من العمارات، وقولهم: مسجد الخطة، يراد بها ما خطه الإمام حين فتح البلدة وقسمها بين الغانمين، وكذلك قوله في الكتاب:

وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الخُطَّةِ دُونَ المُشْتَرِينَ، أي: على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغانمين بخطٍّ خطَّة لتمييز أنصبائهم.

قوله: وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الخُطَّةِ، أي: المذكور وهو وجوب القسامة والدية، أي: القسامة على أهل الخطة والدية على عواقلهم.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: الكُلُّ مُشْتَرِكُونَ، وهو قول ابن أبي ليلى.

قوله: وَالوِلَايَةُ - أي: ولاية الحفظ - بِاعْتِبَارِ المِلْكِ، وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف أسباب الملك كاستحقاق الشفعة.

وَلَهُمَا أَنَّ صَاحِبَ الخُطَّةِ هُوَ المُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ البُقْعَةِ هُوَ المُتَعَارَفُ؛ وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ وَالمُشْتَرِي دَخِيلٌ وَوِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَى الأَصِيلِ، وَقِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالكُوفَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَكَذَلِكَ) يَعْنِي مِنْ أَهْلِ الخُطَّةِ لِمَا بَيَّنَّا (وَإِنْ لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِأَنْ بَاعُوا كُلُّهُمْ فَهُوَ عَلَى المُشْتَرِينَ)؛ لِأَنَّ الوِلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ،

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ صَاحِبَ الخُطَّةِ هُوَ المُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ البُقْعَةِ، ألا ترى أن المحلة تنسب إلى صاحب الخطة دون المشترين.

فإن قلتَ: ما الفرق لهما بين المحلة والدار، وفي الدار لو كان مشترياً وصاحب خطةٍ فوجد القتيل فيها فهما يتساويان في القسامة والدية ولا فرق بينهما بالإجماع، وفي حق المحلة فرقاً بينهما حيث أوجبا القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد من أهل الخطة والمشتري لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته، وهما لم يفترقا في حق الدار فكيف افترقا في حق المحلة؟

قلتُ: قالا: الفارق بينهما العرف فإن في العرف أن المشترين قلَّما يزاحموا أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة، وليس في حق الدار كذلك، فإن في عمارة ما استهدم من الدار وإجارتها وإعارتها فهُما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار.

قوله: وَقِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالكُوفَةِ، أي: ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه هو أن أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله: وَلَهُمَا أَنَّ صَاحِبَ الخُطَّةِ هُوَ المُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ البُقْعَةِ، وقوله: وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ وَالمُشْتَرِي دَخِيلٌ.

قوله: لِأَنَّ الوِلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ، أي: عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الولاية على

أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ لِزَوَالِ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ أَوْ يُزَاحِمُهُمْ.

(وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ فَالقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى قَوْمِهِ وَتَدْخُلُ العَاقِلَةُ فِي القَسَامَةِ إنْ كَانُوا حُضُورًا، وَإِنْ كَانُوا غُيَّبًا فَالقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ يُكَرِّرُ عَلَيْهِ الأَيْمَانَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا قَسَامَةَ عَلَى العَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ رَبَّ الدَّارِ أَخَصُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ فَلَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا كَأَهْلِ المَحَلَّةِ لا يُشَارِكُهُمْ فِيهَا عَوَاقِلُهُمْ. وَلَهُمَا أَنَّ الحُضُورَ لَزِمَتْهُمْ نُصْرَةُ البُقْعَةِ كَمَا تَلْزَمُ صَاحِبَ الدَّارِ فَيُشَارِكُونَهُ فِي القَسَامَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ نِصْفُهَا لِرَجُلٍ وَعُشْرُهَا لِرَجُلٍ وَلِلآخَرَ مَا بَقِيَ فَهُوَ عَلَى رُءُوسِ الرِّجَالِ)؛ لِأَنَّ صَاحِبَ القَلِيلِ يُزَاحِمُ صَاحِبَ الكَثِيرِ فِي التَّدْبِيرِ

قولهما لصاحب الخطة ولم يكن للمشترين، وحين صارت لهم كانت الولاية منتقلة إليهم.

قوله: أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ، أي: على مذهب أبي يوسف؛ لما أن الولاية عنده كانت لصاحب الخطة وللمشترين فالآن خلصت للمشترين لزوال من يزاحمهم، وكذلك **قوله:** لِزَوَالِ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ، أي: على قولهما، أَوْ يُزَاحِمُهُمْ، أي: على قول أبي يوسف.

قوله: وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ فَالقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ، وذكر في «الذخيرة»:

القتيل إذا وجد في دار رجل فالدية على عاقلة صاحب الدار باتفاق الروايات، والقسامة على صاحب الدار في رواية، وفي رواية أخرى القسامة على عاقلة صاحب الدار.

وحُكي عن الكرخي رحمه الله أنه كان يوفّق بين الروايتين فكان يقول: الرواية التي توجب القسامة على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان أهله غنيًّا، والرواية التي توجب القسامة على قومه محمولة على ما إذا كان قومُه حضورًا، ولكن ذكر في «فتاوى العتابي» كما ذكر في الكتاب.

فَكَانُوا سَوَاءً فِي الحِفْظِ وَالتَّقْصِيرِ فَيَكُونُ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ البَائِعِ وَإِنْ كَانَ فِي البَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ المُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي تَصِيرُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُنْزِلَ قَاتِلًا بِاعْتِبَارِ التَّقْصِيرِ فِي الحِفْظِ وَلَا يَجِبُ إِلَّا عَلَى مَنْ لَهُ وِلَايَةُ الحِفْظِ، وَالوِلَايَةُ تُسْتَفَادُ بِالمِلْكِ وَلِهَذَا كَانَتِ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ صَاحِبِ الدَّارِ دُونَ المُودِعِ، وَالمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ القَبْضِ فِي البَيْعِ البَاتِّ،

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ، إلى آخره، وهذه من مسائل «الجامع الصغير».

وحاصل هذا الاختلاف راجع إلى أن أبا حنيفة رحمه الله اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك، وهذا الاختلاف نشأ بينهم بعد ما أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ؛ لأنه ضمان ترك الحفظ فبعد ذلك قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ولاية الحفظ تستفاد بالملك فيعتبر الملك.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: حقيقة القدرة تثبت باليد، إلا أن الملك سبب اليد فإذا كان الملك لأحدهما واليد للآخر كان اعتبار اليد أَوْلَى والولاية تستفاد بالملك؛ وهذا لأن وجوب الدية في هذا ضمان ترك الحفظ فيجب على مالك الدار؛ لأنه مئونة الملك فلهذا كانت الدية على صاحب الدار دون المودع، والمستعير، والمستأجر، والغاصب، والمرتهن، حيث امتنع وجوب الدية على هؤلاء لهذا المعنى.

قوله: وَالمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ القَبْضِ فِي البَيْعِ البَاتِّ، فكان الضمان الصادر من ذلك الملك عليه.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا جنى العبد قبل القبض في البيع البات حيث

وَفِي المَشْرُوطِ فِيهِ الخِيَارُ يُعْتَبَرُ قَرَارُ المِلْكِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ.

وَلَهُ أَنَّ القُدْرَةَ عَلَى الحِفْظِ بِاليَدِ لا بِالمِلْكِ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ يَقْتَدِرُ عَلَى الحِفْظِ بِاليَدِ دُونَ المِلْكِ وَلا يَقْتَدِرُ بِالمِلْكِ دُونَ اليَدِ، وَفِي البَاتِّ اليَدُ لِلْبَائِعِ قَبْلَ القَبْضِ، وَكَذَا فِيمَا فِيهِ الخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ القَبْضِ؛ لِأَنَّهُ دُونَ البَاتِّ، وَلَوْ كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَالخِيَارُ لَهُ فَهُوَ أَخَصُّ النَّاسِ بِهِ تَصَرُّفًا، وَلَوْ كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَهُوَ فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ

يخير المشتري هناك بين رد البيع وإمضائه، وهاهنا إذا وجبت الدية على عاقلة المشتري عندهما بسبب قتيل وجد في دار اشتراها ولم تقبض بعد، حيث لا يتخير المشتري بين ردِّ المبيع وإمضائه.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن الدار لم تصر مستحقة بوجود القتيل فيها، بل ضمان الجناية يجب على عاقلة المشتري حتى يكون الاستحقاق بمنزلة العيب، بخلاف العبد فإنه إذا جنى جناية في يد البائع إنما يخير المشتري؛ لأن العبد يصير مستحقًّا بالجناية، والاستحقاق من أفحش العيوب وقد حدث ذلك في يد البائع، فيتخير المشتري كما لو حُمَّ العبد في يد البائع.

قوله: وَلَهُ أَنَّ القُدْرَةَ عَلَى الحِفْظِ بِاليَدِ لا بِالمِلْكِ؛ لما أن هذا الضمان ضمان ترك الحفظ، وضمان ترك الحفظ إنما يجب على من كان قادرًا على الحفظ، والقادر على الحفظ هو الذي له يد أصالة لا يد نيابة.

وعن هذا وقع الفرق بين هذا وبين يد المودع وأمثاله؛ لما أن يد هؤلاء يد نيابة، ويد الغاصب يد أمانة هاهنا؛ لأن العقار لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ويد المرتهن قالوا لا رواية فيه.

فإن قلتَ: ما الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين وجوب الضمان هنا وبين وجوب صدقة الفطر، وفي صدقة الفطر اتفقوا على أن الاعتبار للملك.

قلتُ: قال أبو حنيفة رحمه الله: إن صدقة الفطر أينما وجبت إنما وجبت على المالك

عَلَيْهِ بِالقِيمَةِ كَالمَغْصُوبِ فَتُعْتَبَرُ يَدُهُ إِذْ بِهَا يَقْدِرُ عَلَى الحِفْظِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ لَمْ تَعْقِلْهُ العَاقِلَةُ حَتَّى تَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ المِلْكِ لِصَاحِبِ اليَدِ حَتَّى تَعْقِلَ العَوَاقِلُ عَنْهُ، وَاليَدُ وَإِنْ كَانَتْ دَلِيلًا عَلَى المِلْكِ لَكِنَّهَا مُحْتَمِلَةٌ فَلَا تَكْفِي لِإِيجَابِ الدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ كَمَا لا تَكْفِي لِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِهِ فِي الدَّارِ المَشْفُوعَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي سَفِينَةٍ فَالقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ وَالمَلَّاحِينَ)؛ لِأَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمْ،

لا على الضامن، فإنَّها لا تجب على الضامن بحال، ألا ترى أن صدقة فطر المغصوب تجب على المالك لا على الغاصب.

وأمَّا ضمان الجناية كما يجب على المالك كذلك يجب على الغاصب، بل عند اجتماعهما يكون قرار الضمان على الضامن في ضمان الجناية، حتى أن العبد المغصوب أو المرهون إذا جنى جناية في يد الغاصب أو المرتهن واختار المولى الدفع أو الفداء يكون قرار ذلك على الضامن، هذا كله من «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي، والإمام قاضي خان.

قوله: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ لَمْ تَعْقِلْهُ العَاقِلَةُ حَتَّى تَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ، يريد به إذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا: هي وديعة في يدك، فالقول قولهم؛ لأن دية القتيل الموجود في الدار تجب على عاقلة رب الدار باعتبار ملك الدار، والملك بحكم اليد ثابت من حيث الظاهر، وذلك حجة لدفع الاستحقاق فلا بد من إقامة البينة لإيجاب الدية على عاقلته سواء وجد صاحب الدار فيها قتيلًا أو غيره، كما في استحقاق الشفعة لم يكن بدٌّ من إقامة البينة على الملك لهذا المعنى، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمْ؛ لما أن المركب في يد الراكب، فكذلك السفينة تكون في يد

وَاللَّفْظُ يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا حَتَّى تَجِبُ عَلَى الأَرْبَابِ الَّذِينَ فِيهَا وَعَلَى السُّكَّانِ، وَكَذَا عَلَى مَنْ يُمِدُّهَا وَالمَالِكُ فِي ذَلِكَ وَغَيْرُ المَالِكِ سَوَاءٌ، وَكَذَا العَجَلَةُ، وَهَذَا عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ. وَالفَرْقُ لَهُمَا أَنَّ السَّفِينَةَ تُنْقَلُ وَتُحَوَّلُ فَيُعْتَبَرُ فِيهَا اليَدُ دُونَ المِلْكِ كَمَا فِي الدَّابَّةِ، بِخِلَافِ المَحَلَّةِ وَالدَّارِ؛ لِأَنَّهَا لا تُنْقَلُ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدِ مَحَلَّةٍ فَالقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِهَا)؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ فِيهِ إِلَيْهِمْ (وَإِنْ وُجِدَ فِي المَسْجِدِ الجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الأَعْظَمِ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ وَالدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ المَالِ)؛

من فيها.

قوله: وَاللَّفْظُ - أي: لفظ قوله: عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ وَالمَلَّاحِينَ - يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا، أي: يشمل مُلَّاكها وغير مُلَّاكها.

قوله: وَهَذَا عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، أراد به ما ذكر في **قوله:** وَلَا تَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي القَسَامَةِ مَعَ المُلَّاكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللهُ هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا.

قوله: فَيُعْتَبَرُ فِيهَا اليَدُ دُونَ المِلْكِ كَمَا فِي الدَّابَّةِ، يعني: أن المعتبر في القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك؛ لأنَّها تنقل وتحول فكذلك في القتيل الموجود في السفينة كان الاعتبار لليد دون الملك وهم في اليد عليها سواءٌ، كذا في «المبسوط».

وذكر شيخ الإسلام: قال بعض المشايخ: إنما تجب على الركاب إذا لم يكن للسفينة مالك معروف، وأمَّا إذا كان لها مالك معروف فإن القسامة تجب على مالك السفينة، ومنهم من يقول: تجب في الحالين على الذين كانت السفينة في أيديهم، ومثل هذا التفصيل من اختلاف المشايخ مذكور في الدابة وقد ذكرناه.

قوله: وَإِنْ وُجِدَ فِي المَسْجِدِ الجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الأَعْظَمِ، أي: وإن وجد القتيل في الطريق

لِأَنَّهُ لِلْعَامَّةِ لا يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، وَكَذَلِكَ الجُسُورُ العَامَّةُ وَمَالُ بَيْتِ المَالِ مَالُ عَامَّةِ المُسْلِمِينَ. (وَلَوْ وُجِدَ فِي السُّوقِ إِنْ كَانَ مَمْلُوكًا) فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ عَلَى السُّكَّانِ وَعِنْدَهُمَا عَلَى المَالِكِ، (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا كَالشَّوَارِعِ العَامَّةِ الَّتِي بُنِيَتْ فِيهَا فَعَلَى بَيْتِ المَالِ)؛ لِأَنَّهُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ (وَلَوْ وُجِدَ فِي السِّجْنِ فَالدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ المَالِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِ السِّجْنِ)؛ لِأَنَّهُمْ

الأعظم، وفي «المغرب»: الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة، على الإسناد المجازي، أو هو من قولهم: شُرع الطريق إذا تميَّز وتبيَّن.

وذكر في «الذخيرة» بعد ما ذكر المسجد الجامع أو مسجد جماعة يكون في سوق هو لعامة المسلمين: لأن التدبير في مثل هذا المسجد للإمام الذي هو نائب عن عامة المسلمين لا إلى أهل هذا السوق، فلا قسامة فيه؛ لأن المقصود بالقسامة نفي تُهمة القتل، وذلك لا يتحقق في حق عامة جماعة المسلمين، كذا في «المبسوط».

قوله: فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَجِبُ عَلَى السُّكَّانِ، أي: سواء كان السكان ملاكًا أم غير ملاكٍ على ما مر.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا كَالشَّوَارِعِ العَامَّةِ الَّتِي بُنِيَتْ فِيهَا فَعَلَى بَيْتِ المَالِ، وإنما أراد به أن يكون نائبًا عن المحال، أمَّا الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة، فتكون القسامة والدية على أهل المحلة، فكذا في السوق النائي إذا كان من يسكنها في الليالي، أو كان لأحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه؛ لأنه تلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب موجب التقصير عليه، كذا في «المبسوط» لفخر الإسلام رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»، و«المغني»: وفي «المنتقى»: إذا وجد قتيل في صف من السوق فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم، وإن كانوا لا يبيتون في حوانيتهم فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت.

سُكَّانٌ وَوِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ القَتْلَ حَصَلَ مِنْهُمْ، وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ أَهْلَ السِّجْنِ مَقْهُورُونَ فَلَا يَتَنَاصَرُونَ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمْ مَا يَجِبُ لِأَجْلِ النُّصْرَةِ، وَلِأَنَّهُ بُنِيَ لِاسْتِيفَاءِ حُقُوقِ المُسْلِمِينَ، فَإِذَا كَانَ غُنْمُهُ يَعُودُ إِلَيْهِمْ فَغُرْمُهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ. قَالُوا: وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ المَالِكِ وَالسَّاكِنِ وَهِيَ مُخْتَلَفٌ فِيهَا بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ فَهُوَ هَدَرٌ) وَتَفْسِيرُ القُرْبِ مَا ذَكَرْنَا مِنِ اسْتِمَاعِ الصَّوْتِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهَذِهِ الحَالَةِ لا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ مِنْ غَيْرِهِ فَلَا يُوصَفُ أَحَدٌ بِالتَّقْصِيرِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً لِأَحَدٍ. أَمَّا إِذَا كَانَتْ فَالدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ (وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

(وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ المَاءُ فَهُوَ هَدَرٌ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ أَحَدٍ، وَلَا

قوله: فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمْ مَا يَجِبُ لِأَجْلِ النُّصْرَةِ، أي: لأجل ترك النصرة.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، أي: في مسألة: وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ القَرْيَتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ.

قوله: وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الفُرَاتِ، ذكر الفرات ليس للتخصيص بل المراد به النهر العظيم، ولهذا قال في «المبسوط» بهذا وقال: وإذا وجد القتيل في نَهر عظيم يجري به الماء فلا شيء فيه، وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص فإن القتيل ما دام الماءُ به جارياً كان حكم الشط كحكم الوسط، وبهذا التفسير يجيء بُعيد هذا من «الذخيرة»، وأمَّا إذا كان محتبساً بالشطِّ فحكمه ما ذكره في الكتاب.

وذكر شيخ الإسلام في «مبسوطه»: هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك؛ لأنه إذا كان كذلك فلعل هذا قتيل دار الشرك، وأمَّا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام تجب الدية في بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث، أو مكان آخر دون ذلك، فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال.

فِي مِلْكِهِ (وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ القُرَى مِنْ ذَلِكَ المَكَانِ) عَلَى التَّفْسِيرِ الَّذِي تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ اخْتَصَّ بِنُصْرَةِ هَذَا المَوْضِعِ فَهُوَ كَالمَوْضُوعِ عَلَى الشَّطِّ وَالشَّطُّ فِي يَدِ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَسْتَقُونَ مِنْهُ المَاءَ وَيُورِدُونَ بَهَائِمَهُمْ فِيهَا، بِخِلَافِ النَّهَرِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ لِاخْتِصَاصِ أَهْلِهَا بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِمْ عَلَيْهِ فَتَكُونُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ.

وذكر في «الذخيرة» أيضاً مثل هذا فقال: وإذا وجد الرجل قتيلًا في نَهر يجري به الماء فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون النهر عظيماً كالفرات ونحوه، وإنه على وجهين أيضاً:

الأول: أن يجري به الماء، وفي هذا الوجه إن كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب فدمه هدرٌ، سواء كان يجري في وسطه أو في شطه؛ لأنه لمَّا كان يجري به الماء والحال هذه كان هو قتيل دار الشرك، أو يحتمل أنه قتيل مكان الشرك وذلك المكان ليس تحت أيدي المسلمين، وإن كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام تجب الدية في بيت المال؛ لأنه قتيل مكان هو في يد المسلمين، سواء اعتبرنا موضع انبعاث الماء أو موضع ظهور القتيل.

قوله: فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ القُرَى مِنْ ذَلِكَ المَكَانِ، عَلَى التَّفْسِيرِ الَّذِي تَقَدَّمَ، أراد به **قوله:** قِيلَ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَبْلُغُ أَهْلَهُ الصَّوْتُ، وبهذا صرح في «المبسوط» و«الذخيرة» وغيرهما، فقال في «المبسوط»:

وإن كان إلى جانب الشاطئ محتبساً فهو على أقرب القرى إليه والأرضين فعليهم القسامة والدية، ثم قال: وهذا إذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع فينادي بأعلى صوته، وإن كانوا لا يسمعون ذلك لا شيء عليهم فيه، هكذا فسره الكرخي رحمه الله.

ورد في «الذخيرة» على هذا بقوله: وأمَّا إذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت لا يجب

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَى الوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ لَمْ تَسْقُطِ القَسَامَةُ عَنْهُمْ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَذَكَرْنَا فِيهِ القِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ سَقَطَتْ عَنْهُمْ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَوَجْهُ الفَرْقِ هُوَ أَنَّ وُجُوبَ القَسَامَةِ عَلَيْهِمْ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ القَاتِلَ مِنْهُمْ فَتَعْيِينُهُ وَاحِدًا مِنْهُمْ لا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الأَمْرِ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُمْ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ مِنْ غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ

عليهم شيء، وإنما تجب في بيت المال؛ لأنه تجب بزعامة المسلمين.

قوله: لَمْ تَسْقُطِ القَسَامَةُ، وكذلك الدية لا تسقط عن عواقلهم.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، أي: المذكور في بعض النُّسخ وهو **قوله:** وَلَوِ ادَّعَى عَلَى البَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ، إلى آخره.

قوله: وَإِنِ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ سَقَطَتْ عَنْهُمْ، أي: سقطت القسامة والدية ويحلف المدعى عليه يميناً واحدًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَتَعْيِينُهُ وَاحِدًا مِنْهُمْ لا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الأَمْرِ، فإن الشارع أوجب القسامة ابتداءً على أهل المحلة، فتعيينه واحدًا منهم لا ينافي ما شرعه الشارع ابتداءً.

وفي «المبسوط»: وإن ادعى أهل القتيل على بعض أهل المحلة الذين وجد القتيل بين أظهرهم فقالوا: قتله فلان عمدًا أو خطأً لم يبطل هذا حقه وفيه القسامة والدية؛ لأنهم ذكروا ما كان معلوماً لنا بطريق الظاهر وهو أن القاتل واحد من أهل المحلة، وكما لا يعلم ذلك حقيقةً فكذلك بدعوى الأولياء على واحدٍ منهم بعينه لا يصير معلوماً لنا حقيقةً أنه هو القاتل، فإذا لم يستفد بهذه الدعوى شيئاً لا يتغير الحكم به فبقيت القسامة والدية على أهل المحلة.

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه تسقط القسامة عن أهل المحلة؛ لأن دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون إبراءً لأهل المحلة عن القسامة، فإن القسامة

بَيَانُ أَنَّ القَاتِلَ لَيْسَ مِنْهُمْ، وَهُمْ إِنَّمَا يَغْرَمُونَ إِذَا كَانَ القَاتِلُ مِنْهُمْ لِكَوْنِهِمْ قَتَلَةً تَقْدِيرًا حَيْثُ لَمْ يَأْخُذُوا عَلَى يَدِ الظَّالِمِ؛ وَلِأَنَّ أَهْلَ المَحَلَّةِ لا يَقُومُونَ بِمُجَرَّدِ ظُهُورِ القَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ إِلَّا بِدَعْوَى الوَلِيِّ، فَإِذَا ادَّعَى القَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمِ امْتَنَعَ دَعْوَاهُ عَلَيْهِمْ وَسَقَطَ لِفَقْدِ شَرْطِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا التَقَى قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ فَهُوَ عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ)؛ لِأَنَّ القَتِيلَ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ وَالحِفْظُ عَلَيْهِمْ (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الأَوْلِيَاءُ عَلَى أُولَئِكَ،

في قتيل لا يعرف قاتله، فإذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئـًا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنعت دعواه عليهم للتناقض؛ لأنه لمَّا ادعى على غير أهل المحلة فقد أبرأ أهل المحلة من ذلك، حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض، كذا في «المبسوط».

يقال: أَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ، أي: انكشفوا عنه وانفرجوا.

قوله: لِأَنَّ القَتِيلَ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ، أي: وجد بين أظهرهم، أي: بينهم، والظهر والأظهر تجيئان معجمتين كما في قوله صلي الله عليه وسلم: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»، أي: صادرة عن غنى فالظهر فيه معجم كما في ظهر القلب، وظهر الغيب، وكذا في الأظهر يقال: أقام بين أظهرهم، أي: بينهم.

ثم وجود القتيل بين أظهرهم موجب للقسامة والدية عليهم؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على أهل خيبر بالقسامة والدية لوجود القتيل بين أظهرهم، وقال عمر رضي الله عنه للحارث بن أرفع الوَدَاعي حين قال: «لا أيماننا تدفع عن أموالنا، ولا أموالنا تدفع عن أيماننا، حقَنتُم دماءَكم، وإنما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم».

فإن قيل: الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة فإنه من خصمائه، قلنا: قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلًا في محلتهم؛ ولأن على أهل المحلة أن يصونوا محلتهم عن مثل هذه الحادثة، فإذا لم يفعلوا كانوا غارمين.

أَوْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ شَيْءٌ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ الدَّعْوَى تَضَمَّنَتْ بَرَاءَةَ أَهْلِ المَحَلَّةِ عَنِ القَسَامَةِ.

قَالَ: (وَلا عَلَى أُولَئِكَ حَتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ)؛ لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لا يَثْبُتُ الحَقُّ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، أَمَّا يَسْقُطُ بِهِ الحَقُّ عَنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ حُجَّةٌ عَلَى نَفْسِهِ.

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله في «كشف الغوامض»: وهذا إذا كان الفريقان غير متناولين اقتتلوا عصبية، فإن كانوا مشركين أو خوارج فلا شيءَ عليهم فيه ويجعل ذلك ممَّن أصابه العدو.

قوله: لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لا يَثْبُتُ الحَقُّ، أي: الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه.

قوله: لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، أي: في أوائل باب القسامة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

ولا يقال: الظاهر أنَّهم قتلوه؛ لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة والمحبوبي رحمهما الله.

فإن قلتَ: ما وجه الفرق بين ما إذا اقتتل الفريقان من المسلمين عصبية كالكلاباذي والدروازكي ببُخارى، ثم أجلوا عن قتيل ولا يدرى من قتله فإنه تجب القسامة والدية على أهل ذلك المكان الذي وجد فيه، وجعل القتيل قتيل ذلك المكان لا قتيل العدو، وبين ما إذا اقتتل المسلمون مع المشركين فأجلوا عن قتلى المسلمين لم تجب القسامة والدية على أهل ذلك المكان، بل يجعل ذلك قتيل العدو مع أن في الموضعين جميعاً إذا كان لا يدري من قاتله احتمل أن يكون قتيل المكان، واحتمل أن يكون قتيل العدو؟

قلتُ: وجهه هو أن المقاتلة إذا وقعت بين المسلمين وبين المشركين وأجلوا عن قتيل في مكان في دار الإسلام ولا يدرى من قتله من المسلمين أو المشركين، يرجح احتمال قتل المشركين حملًا لأمر المسلمين على الصلاح فلهذا جعل شهيدًا؛ لأنه لو جعل قتيل

(وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ أَقَامُوهُ بِفَلَاةٍ مِنَ الأَرْضِ لا مِلْكَ لِأَحَدٍ فِيهَا، فَإِنْ وُجِدَ فِي خِبَاءٍ أَوْ فُسْطَاطٍ فَعَلَى مَنْ يَسْكُنُهَا الدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ،

المسلمين لا يكون شهيدًا لاستحقاق الدية على أهل ذلك المكان حينئذٍ، والشهيد من يكون عوض دمه على الله، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَۚ﴾ [التوبة: ١١١]، فلما ترجح هذا الاحتمال لهذا المعنى تعين أنه قتيل أهل الشرك.

وأمَّا في قتيل المسلمين من الطرفين لمَّا احتمل أن يكون هذا القتيل من قتيل أهل ذلك المكان وقتيل عدوه لم يمكن حمل أحدهما على الصلاح؛ لأنا لو أحلنا القتل على أي الأمرين لا يكون فيه حمل أمر المسلمين على الصلاح؛ لأن كلا الفريقين مسلمان فلمَّا بقي حال القتيل مشكلًا ولم يترجح أنه قتيل عدوه الذي قاتل معه، أوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان؛ لأن في إضافة القتيل إلى أهل ذلك المكان عند الإشكال ورد النص به، فكان العمل بما ورد فيه النص أوْلَى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يرد فيه النص.

ثم في مسألة الدروازكي مع الكلاباذي لو ادعى ولي القتيل على الفريق الآخر أنَّهم قتلوه، أو على رجل منهم بعينه أنه قتله، يبرأ أهل المحلة عن الدية والقسامة ولكن لا يثبت القتل على أولئك إلا بالحجة؛ لأن مجرد الدعوى لا تصلح سبباً للاستحقاق، وإنَّما يصلح سبباً لبراءة الغير فتثبت براءة أهل المحلة بمجرد الدعوى على غيرهم، بخلاف ما إذا عيَّن رجلًا من أهل المحلة، فإن الدية والقسامة على أهل المحلة على حالها ولم يتضمن ذلك براءة غيره على ما ذكرنا؛ لما أن وجوب القسامة على أهل المحلة في الشرع دليل على أن القاتل منهم، وتعيين الولي واحدًا منهم لا ينافي هذا الأمر؛ لأنه منهم، وأمَّا تعيين غيرهم ينافي ذلك؛ لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم تقديرًا، ولم يثبت ذلك عند تعيين الولي غيرهم، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الذخيرة».

العسكرة: لشكر ساختن، يقال: عسكر الرجل، فهو معسكر، والموضع مُعَسْكَرٍ بفتح الكاف.

أَقَامُوا: أي: سكنوا، الخِبَاء: الخيمة من الصوف، والفُسْطَاط: الخيمة العظيمة فكان هو أعظم من الخباء.

وَإِنْ كَانَ خَارِجًا مِنَ الفُسْطَاطِ فَعَلَى أَقْرَبِ الأَخْبِيَةِ) اعْتِبَارًا لِلْيَدِ عِنْدَ انْعِدَامِ المِلْكِ (وَإِنْ كَانَ القَوْمُ لَقُوا قِتَالًا وَوُجِدَ قَتِيلٌ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ العَدُوَّ قَتَلَهُ فَكَانَ هَدَرًا، وَإِنْ لَمْ يَلْقَوْا عَدُوًّا فَعَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَإِنْ كَانَ لِلْأَرْضِ مَالِكٌ فَالعَسْكَرُ كَالسُّكَّانِ فَيَجِبُ عَلَى المَالِكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ المُسْتَحْلَفُ قَتَلَهُ فُلَانٌ أُسْتُحْلِفَ بِاللهِ مَا قَتَلْتُ وَلَا عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ)؛ لِأَنَّهُ يُرِيدُ إِسْقَاطَ الخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ بِقَوْلِهِ فَلَا يُقْبَلُ فَيَحْلِفُ عَلَى مَا

قوله: وَإِنْ كَانَ خَارِجًا مِنَ الفُسْطَاطِ فَعَلَى أَقْرَبِ الأَخْبِيَةِ، هذا إذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين، أمَّا إذا نزلوا مختلطين فإن الدية والقسامة عليهم، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَإِنْ كَانَ القَوْمُ لَقُوا قِتَالًا، فانتصاب قِتَالًا، يحتمل أن يكون على الحال أي: مقاتلين، وأن يكون على المفعول به كما في قوله بعده: وَإِنْ لَمْ يَلْقَوْا عَدُوًّا، أي: وقت القتال، وأن يكون على المفعول له أي: للقتال.

قوله: فَيَجِبُ عَلَى المَالِكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وفي «المبسوط»: وإن كان المعسكر في ملك رجل فعلى عاقلة صاحب الأرض القسامة والدية؛ لأن المالك هو المختص بالتدبير في ملكه وولاية حفظ ملكه إليه، وقد بيّنا أنه لا معتبر بالسكان مع الملاك.

ثم قال: وقيل في قياس قول أبي يوسف ينبغي أن يكون على النازلين في ذلك الموضع؛ لأن عنده السكان في المحلة كالمُلَّاك.

قوله: وَإِذَا قَالَ المُسْتَحْلَفُ قَتَلَهُ فُلَانٌ - أي: في مسألة القسامة - أُسْتُحْلِفَ بِاللهِ مَا قَتَلْتُ وَلَا عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ، هذا الذي ذكره قول محمد، وأما في قول أبي يوسف رحمهما

ذَكَرْنَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالقَتْلِ عَلَى وَاحِدٍ صَارَ مُسْتَثْنًى عَنِ اليَمِينِ فَبَقِيَ حُكْمُ مَنْ سِوَاهُ فَيَحْلِفُ عَلَيْهِ.

الله فلا يذكر العلم.

وهذا الاستحلاف فيما إذا وجد القتيل في محلة وشهد اثنان من أهل المحلة على أن فلاناً قتله لم تقبل شهادته، فلمَّا لم تقبل شهادته كيف توجه اليمين عليها في القسامة إذا اختارهما الولي؟ فالمستحلف في ذلك كيف يحلف؟ هكذا ذكر صورته في «المبسوط»، و«الذخيرة».

أمَّا في «الذخيرة» فقد ذكره محيلًا إلى «شرح شيخ الإسلام»: إذا وجد قتيل في محلة وزعم أهل المحلة أن رجلًا منهم قتله، ولم يدع ولي القتيل على واحدٍ منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية؛ لأن ولي القتيل لو ادعى على واحد منهم بعينه كان عليهم القسامة والدية، فإذا لم يدع على واحدٍ منهم بعينه أَوْلَى.

ثم كيف يحلفون؟ قال أبو يوسف: يحلفون بالله ما قتلناه، ولا يحلفون ولا علمنا له قاتلًا؛ لأن فائدة التحليف على العلم أن يعترفوا إنا علمنا له قاتلًا فيصير ذلك سبباً لوجوب القصاص على القاتل، وقد اعترفوا بذلك يعني فلا حاجة إلى التحليف.

وعلى قول محمد يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلًا غير فلان؛ لجواز أَنَّهم عرفوا قاتلًا آخر مع فلان، وإنما عينوا فلاناً ليسقطوا عن أنفسهم اليمين في حق غيرهم، ويحلفون على العلم ويستثنون منه فلاناً؛ لأن الاستحلاف على العلم في حق فلان لا يفيد، أمَّا في حق غيره مفيد رجاء أن يقروا بغيره.

وذكر في «المغني»: والفتوى على قول محمد رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: فإن أقام الولي شاهدين من غير أهل المحلة على ذلك الرجل فقد ثبت عليه القتل بالحجة فيقضى عليه بموجبه، وإن أقام شاهدين من أهل المحلة بذلك عليه لم تقبل شهادتهما؛ لأن أهل المحلة خصماء في هذه الحادثة ما بقيت القسامة والدية عليهم، فكانوا متهمين في هذه الشهادة وكانوا بمعنى شاهدين لأنفسهم.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ عَلَى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا) وَهَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: تُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا بِعَرْضِيَّةِ أَنْ يَصِيرُوا خُصَمَاءَ وَقَدْ بَطَلَتِ العَرْضِيَّةُ بِدَعْوَى الوَلِيِّ القَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمْ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ كَالوَكِيلِ بِالخُصُومَةِ إذَا عُزِلَ قَبْلَ الخُصُومَةِ. وَلَهُ أَنَّهُمْ خُصَمَاءُ بِإِنْزَالِهِمْ قَاتِلِينَ لِلتَّقْصِيرِ الصَّادِرِ مِنْهُمْ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَإِنْ خَرَجُوا مِنْ جُمْلَةِ الخُصُومِ كَالوَصِيِّ إذَا خَرَجَ مِنَ الوِصَايَةِ بَعْدَمَا قَبِلَهَا ثُمَّ شَهِدَ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَعَلَى هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ المَسَائِلِ مِنْ هَذَا الجِنْسِ.

وإذا لم تقبل شهادتهما قال أبو يوسف رحمه الله: إن اختارهما الولي في جملة من يحلفهم يحلفهما بالله ما قتلنا قط؛ لأنهما زعما أنهما يعلمان القاتل فلا معنى لاستحلافهما على العلم، فإنهما يستحلفان على البتات بالله ما قتلنا، وقال محمد رحمه الله: يحلفان بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلًا سوى فلان؛ لأن ما هو المقصود يحصل بهذا الاستثناء فلا يجوز إسقاط اليمين على العلم في حقهما كما لا يجوز في حق غيرهما.

قوله: كَالوَصِيِّ إذَا خَرَجَ مِنَ الوِصَايَةِ، بأن بلغ الغلام أو عزله القاضي.

قوله: قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَعَلَى هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ، أي: الأصلين المجمع عليهما:

أحدهما: أن كل من انتصب خصمًا في حادثة ثم خرج من أن يكون خصمًا لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع، كالوكيل إذا خاصم ثم عزل.

والثاني: إذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصمًا ثم بطلت هذه العرضية فشهد تقبل شهادته بالإجماع.

ثم في مسألتنا هذه وهي: ما إذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم عند دعوى الولي القتل على ذلك الرجل، شهدا بأنه قتل جعل أبو حنيفة رحمه الله شهادتهما هذه شهادة من انتصب خصمًا في حادثة ثم خرج من أن يكون خصمًا فشهد فلم تقبل شهادتهما؛

قَالَ: (وَلَوِ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ مِنْ أَهْلِهَا

لأن نفس وجود القتيل بين أظهرهم جعلتهم خصماء فلا تقبل شهادتهما.

وجعل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله شهادتهما هذه شهادة رجل له عرضية أن يصير خصماً ثم لم يصر خصماً فتقبل شهادتهما، وذلك أنَّهم إنما يكونون خصماً لو ادعى الولي عليهم، فإذا ادعى على غيرهم زالت هذه العرضية وبه يتبيَّن أنَّهم لم يكونوا خصماء في هذه الحادثة أصلًا، فوجب قبول شهادتهم فيها، كالشفيع إذا شهد بالبيع بعدما سلم الشفعة تقبل شهادته، والوكيل بالخصومة إذا عزل قبل أن يخاصم ثم شهد في تلك الحادثة تقبل شهادته لهذا المعنى.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: أهل المحلة صاروا خصماء في هذه الحادثة بوجود القتيل بين أظهرهم، ومن صار خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها وإن خرج من الخصومة، كالوكيل إذا خوصم في مجلس الحكم ثم عزل فشهد، وإنما قلنا ذلك؛ لأن السبب الموجب للدية والقسامة عليهم وجود القتيل بين أظهرهم كما قال عُمر رضي الله عنه: «وأنا أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم»، وبدعوى الولي على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن، ولكن خرجوا من الخصومة بعد أن كانوا خصماء، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: وَعَلَى هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ المَسَائِلِ، أمَّا على الأصل الأول أعنِي به قوله: إن كل من انتصب خصماً في حادثة ثم خرج من أن يكون خصماً لم تقبل شهادته، فمسألة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل فشهد لم تقبل، وكذلك الوصي عن اليتيم خصم في حقوقه وإن لم يخاصم لقيامه مقام اليتيم شرعاً في حقوقه، ثم لو بلغ اليتيم فشهد الوصي لم يقبل.

وأمَّا على الأصل الثانِي وهو ما إذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصماً إلى آخره، فمسألة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة يقبل؛ لأنَّهما ما صارا خصمين بالشراء بل صارا بعرض ذلك بأن يطلبا، وكذا الوارثان إذا شهدا بالدين

عَلَيْهِ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ)؛ لِأَنَّ الخُصُومَةَ قَائِمَةٌ مَعَ الكُلِّ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَالشَّاهِدُ يَقْطَعُهَا عَنْ نَفْسِهِ فَكَانَ مُتَّهَمًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشُّهُودَ يَحْلِفُونَ بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلا يَزْدَادُونَ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمْ أَخْبَرُوا أَنَّهُمْ عَرَفُوا القَاتِلَ.

قَالَ: (وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ فَنُقِلَ إِلَى أَهْلِهِ فَمَاتَ مِنْ تِلْكَ الجِرَاحَةِ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَالقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَى القَبِيلَةِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

على الميت وثم وارث ثالث ولم يطلبا الميراث قبلت شهادتهما؛ لأن الوارث مع الدين لا يصير خصماً بنفس الديون فإن الدين مقدم عليه، ولكنه بعرض أن يصير خصماً بالطلب فله القضاء من موضع آخر فإذا لم يطلب لم يكن خصماً.

وكذلك الوكيلان بالخصومة إذا عزلا قبل الخصومة ثم شهدا بذلك قبلت شهادتهما؛ لأن الوكيل بالخصومة إنما يصير خصماً بمكان القضاء؛ لأنه لا يصح في غيره فصارت الوكالة موقتة بالمكان فلا تثبت قبله، كما لو وقتت بالزمان، كذا في «الأسرار» .

ثم قال فيه: فما قاله أبو حنيفة أظهر، وما قالاه أخف.

قوله: لِأَنَّ الخُصُومَةَ قَائِمَةٌ مَعَ الكُلِّ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أي: في مسألة: وَإِنِ ادَّعَى الوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ، في بيان الفرق **بقوله:** وَهُوَ أَنَّ وُجُوبَ القَسَامَةِ عَلَيْهِمْ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ القَاتِلَ مِنْهُمْ فَتَعْيِينُهُ وَاحِدًا مِنْهُمْ لا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الأَمْرِ.

قوله: وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ، أي: لم يعلم الجارح؛ لأنه لو علم الجارح فلا قسامة فيه بل فيه الدية على الجارح وعاقلته لو كان خطأ، والقصاص لو كان عمدًا.

قوله: فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ، أي: لو صار المجروح صاحب فراش حين جرح في تلك القبيلة ثم نقل إلى أهله ومات، وإنما قيَّد به لأنه لو كان صحيحاً يجيء ويذهب حين جُرح ثم مات في أهله فلا شيء فيه، كذا في «المبسوط».

وقال أبو يوسف لا ضمان فيه وهو قول ابن أبي ليلى، هذا الخلاف فيما إذا صار

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا قَسَامَةَ وَلا دِيَةَ)؛ لِأَنَّ الَّذِي حَصَلَ فِي القَبِيلَةِ وَالمَحَلَّةِ مَا دُونَ النَّفسِ وَلا قَسَامَةَ فِيهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ فِرَاشٍ.

وَلَهُ أَنَّ الجُرْحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ المَوْتُ صَارَ قَتْلًا وَلِهَذَا وَجَبَ القِصَاصُ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ أُضِيفَ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ المَوْتُ مِنْ غَيْرِ الجُرْحِ فَلا يَلْزَمُ بِالشَّكِّ. (وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَعَهُ جَرِيحٌ بِهِ رَمَقٌ حَمَلَهُ إِنْسَانٌ إِلَى أَهْلِهِ فَمَكَثَ

صاحب فراش حين جرح، فأمَّا إذا كان صحيحاً حين جرح بحيث يجيء ويذهب فلا شيء فيه، وعلى قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله لا شيء عليهم في الوجهين؛ لأن القسامة والدية في القتيل الموجود في المحلة، والجريح غير القتيل.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الجُرْحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ المَوْتُ صَارَ قَتْلًا وَلِهَذَا وَجَبَ القِصَاصُ، فإن قلتَ: فعلى هذا ينبغي أن لا يفرق الحكم بين أن يكون صاحب فراش وقت الجرح أو لم يكن صاحب فراش وقت الجرح، كما لا يفرق في حق القصاص فإنه إذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ولكن سري إلى النفس بعد أيام، فإنه يجب فيه القصاص حيث يجعل الموت محالًا على تلك الجراحة، فكان ينبغي أن تجب القسامة والدية هاهنا أيضاً وإن كان صحيحاً وقت الجرح بعد ما كان موته من تلك الجراحة.

قلتُ: لمَّا كان أمر القسامة والدية أمرًا ثابتاً بالنص بخلاف القياس على ما ذكرنا، روعي فيه ما ورد فيه النص بقدر الإمكان، والنص ورد في قتيل وجد في محلة لا يعلم قاتله، فقلنا هاهنا أيضاً إن لم يكن قتيلًا وقت الجرح يجب أن يكون في حكم القتيل شرعاً، وهو فيما إذا صار صاحب فراش؛ لأن تصرفاته في مثل هذه الحادثة غير نافذة إلا في الثلث، فكان له حكم الميت فيما إذا صار صاحب فراش فلذلك قيد به.

وذكر في «المبسوط»: وجه قولنا أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض، والمرض إذا اتصل به الموت فإنه يجعل كالميت من أول سببه، ألا ترى أنه في حكم التصرفات جعلت هذه الحالة كالحال بعد موته، فكذلك في حكم القسامة والدية يجعل كأنه ماتَ حين جرح

يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ثُمَّ مَاتَ لَمْ يَضْمَنِ الَّذِي حَمَلَهُ إِلَى أَهْلِهِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَضْمَنُ)؛ لِأَنَّ يَدَهُ بِمَنْزِلَةِ المَحَلَّةِ فَوُجُودُهُ جَرِيحًا فِي يَدِهِ كَوُجُودِهِ فِيهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَي القَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ القَبِيلَةِ.

(وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرُ لا شَيْءَ فِيهِ)؛ لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ حِينَ وُجِدَ

في ذلك الموضع، فأمَّا إذا كان صحيحاً يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جُرح فكذلك في حكم القسامة والدية.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَي القَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ القَبِيلَةِ، وهو الذي ذكره قبيل هذا بقوله: وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ.

والدليل على صحة هذه الحوالة صريح ما ذكره في «الإيضاح» في هذه المسألة بقوله: ولو أن رجلًا معه جرح وبه رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يومًا أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمهما الله يضمن.

ثم قال: وهذا بناء على مسألة قد مرَّت أنه إذا جرح في قبيلة ثم ماتَ في أهله، فوجه البناء أن يده بمنزلة المحلة فصار وجوده جريحاً في يده كوجوده جريحاً في المحلة، وقد مرَّ الوجه من قبل.

وكذلك ذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر مسألة القبيلة قال: وعلى هذا التخريج إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فماتَ بعد يوم أو يومين، فإن كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذي يحمله كما لو ماتَ على ظهره، وإن كان يذهب ويجيء فلا شيء على من حمله، وفي قول ابن أبي ليلى: لا شيء عليه في الوجهين.

قوله: وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: على عاقلة ورثته لورثته؛ لأنه لمَّا وجد قتيلًا في الدار المملوكة لورثته لا له؛ لأنه ميت

الجَرِيحُ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيَكُونُ هَدَرًا. وَلَهُ أَنَّ القَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِنَاءً عَلَى ظُهُورِ القَتْلِ، وَلِهَذَا لا يَدْخُلُ فِي الدِّيَةِ مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ، وَحَالَ ظُهُورِ القَتْلِ الدَّارُ لِلْوَرَثَةِ فَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ، بِخِلَافِ المُكَاتَبِ إِذَا وُجِدَ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ حَالَ ظُهُورِ قَتْلِهِ بَقِيَتِ الدَّارُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيُهْدَرُ دَمُهُ. (وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ وَلَيْسَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ فَوُجِدَ أَحَدُهُمَا مَذْبُوحًا، قَالَ أَبُو

والميت ليس من أهل الملك فتكون الدية عليهم .

وإنما قال: الدية على عاقلته، بناءً على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحد، فإن كان في موضع تختلف العاقلة فينبغي على قياس هذه الطريقة، وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح، وعلى قياس طريقة أن غيره لو وجد قتيلًا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته تجب أن تكون الدية على عاقلة القتيل، كذا في «المبسوط».

قوله: فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيَهْدِرُ؛ وهذا لأنه لو وجد غيره قتيلًا في هذه الدار جعل هو كالمباشر لقتله في حكم الدية، فإذا وجد هو قتيلًا فيه يجعل كأنه باشر قتل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرًا.

قوله: قَبْلَ ذَلِكَ، أي: قبل ظهور القتل.

قوله: فَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ، أي: على عاقلة الورثة.

فإن قيل: إذا قلتم أن الدية تجب على عاقلة الورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم؟ قلنا: إن الدية تجب للمقتول حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه، وهو نظير الصبى والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثًا له.

وهذا بِخِلَافِ المُكَاتَبِ يُوجَدُ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ هناك إذا وجد غيره قتيلًا إنما

يُوسُفَ: يَضْمَنُ الآخَرُ الدِّيَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَضْمَنُهُ)؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ. وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَهُ الآخَرُ فَلَا يَضْمَنُهُ بِالشَّكِّ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الإِنْسَانَ لا يَقْتُلُ نَفْسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ سَاقِطًا كَمَا إِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلَّةٍ. (وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي قَرْيَةٍ لِامْرَأَةٍ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهَا القَسَامَةُ تُكَرَّرُ عَلَيْهَا الأَيْمَانُ، وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهَا أَقْرَبُ القَبَائِلِ إِلَيْهَا فِي النَّسَبِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَى العَاقِلَةِ أَيْضًا)؛ لِأَنَّ القَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ عَلَى مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَالمَرْأَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِهَا فَأَشْبَهَتِ الصَّبِيَّ. وَلَهُمَا أَنَّ القَسَامَةَ لِنَفْيِ التُّهْمَةِ وَتُهْمَةُ القَتْلِ مِنَ المَرْأَةِ مُتَحَقِّقَةٌ. قَالَ المُتَأَخِّرُونَ: إِنَّ المَرْأَةَ تَدْخُلُ مَعَ العَاقِلَةِ فِي التَّحَمُّلِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّا أَنْزَلْنَاهَا قَاتِلَةً وَالقَاتِلُ يُشَارِكُ العَاقِلَةَ.

يجعل هو كالقاتل له باعتبار عقد الكتابة، وعقد الكتابة باق بعدما وجد هو قتيلًا فيه فلهذا جعل كأنه قتل نفسه، فأمّا هاهنا إذا وجد غيره قتيلًا إنما يجعل هو كالقاتل له لقيام ملكه في الدار حين وجد القتيل، وذلك غير موجود فيما إذا وجد هو قتيلًا فيه فإن الملك منتقل إلى ورثته فلهذا افترقا، كذا في «المبسوط».

قوله: كَمَا إِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلَّةٍ، أي: كان توهم قتل نفسه ساقطًا هناك فكذا هنا.

قوله: قَالَ المُتَأَخِّرُونَ: إِنَّ المَرْأَةَ تَدْخُلُ مَعَ العَاقِلَةِ فِي التَّحَمُّلِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، وإنما قيّد بقوله في هذه المسألة؛ لأن المرأة لا تدخل في العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور على ما يجيء في المعاقل بقوله: وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ وَالذُّرِّيَّةِ ... عَقْلٌ.

وفي «المبسوط»: ثم ظاهر ما قال في الكتاب يدل على أنه ليس عليها شيء من الدية، ولفظ ما قال في الكتاب: وإذا وجد القتيل في دار امرأة في مصر ليس فيه من عشيرتها أحد، فإن الأيمان تكرر على المرأة حتى تحلف خمسين يمينًا، ثم تفرض الدية على أقرب القبائل

(وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي أَرْضِ رَجُلٍ إِلَى جَانِبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحِبُ الأَرْضِ مِنْ أَهْلِهَا، قَالَ: هُوَ عَلَى صَاحِبِ الأَرْضِ)؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِنُصْرَةِ أَرْضِهِ مِنْ أَهْلِ القَرْيَةِ.

منها، وهذا قول أبي حنيفة وهو قول محمد رحمهما الله، إلى آخره.

ثم قال: وهو اختيار الطحاوي في مباشرة القتل أيضاً فإنه يقول: إذا كان القاتل من جملة العاقلة فعليه جزء من الدية، وإن لم يكن من جملة العاقلة إذا كان القاتل غيره فلا شيء عليه من الدية، والمرأة لا تدخل في جملة العاقلة إذا كان القاتل غيرها، وغيره من أصحابنا كان يقول: هي لا تدخل في جملة العاقلة؛ لأن النصرة لا تقوم بها، وأمَّا إذا كانت هي المباشرة للقتل فعليها جزء من الدية؛ لأن القاتل واحد من العواقل باعتبار مباشرته، فإنه لمَّا وجب على غير المباشر لأجله فعلى المباشر أوْلَى أن يجب جزء منها، فكذلك هاهنا وجوب جزءٍ على المالك باعتبار أن التدير في ملكه إليه، وفي هذا الرجلُ والمرأةُ سواءٌ، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(كِتَابُ المَعَاقِلِ)

المَعَاقِلُ جَمْعُ مَعْقُلَةٍ، وَهِيَ الدِّيَةُ، وَتُسَمَّى الدِّيَةُ عَقْلًا؛ لِأَنَّهَا تَعْقِلُ الدِّمَاءَ مِنْ أَنْ تُسْفَكَ: أَيْ تُمْسِكُ.

قَالَ: (وَالدِّيَةُ فِي شِبْهِ العَمْدِ وَالخَطَإِ، وَكُلُّ دِيَةٍ تَجِبُ بِنَفْسِ القَتْلِ عَلَى العَاقِلَةِ، وَالعَاقِلَةُ الَّذِينَ يَعْقِلُونَ) يَعْنِي يُؤَدُّونَ العَقْلَ وَهُوَ الدِّيَةُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الدِّيَاتِ.

وَالأَصْلُ فِي وُجُوبِهَا عَلَى العَاقِلَةِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -،

كتاب المعاقل

لمَّا كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة، لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب.

وقد ذكر في الكتاب معنى المعاقل لغةً، وشرعـًا، وما يتبعه فاكتفينا به.

قوله: المَعَاقِلُ جَمْعُ مَعْقُلَةٍ، بضم القاف.

وقوله: وَكُلُّ دِيَةٍ، مبتدأ، وقوله: عَلَى العَاقِلَةِ، خبره.

قوله: وَكُلُّ دِيَةٍ تَجِبُ بِنَفْسِ القَتْلِ، أي: ابتداءً، وقولنا: ابتداءً، احتراز عما تجب الدية على العاقلة في القتل العمد بسبب الصلح، أو بسبب الأبوة، فهي في مال القاتل لا على العاقلة.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، أي: الدية بتأويل العقل.

فِي حَدِيثِ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لِلْأَوْلِيَاءِ «قُومُوا فَدُوهُ»؛ وَلِأَنَّ النَّفْسَ مُحْتَرَمَةٌ لا وَجْهَ إِلَى الإِهْدَارِ وَالخَاطِئُ مَعْذُورٌ، وَكَذَا الَّذِي تَوَلَّى شِبْهَ العَمْدِ نَظَرًا إِلَى الآلَةِ فَلَا وَجْهَ إِلَى إِيجَابِ العُقُوبَةِ عَلَيْهِ، وَفِي إِيجَابِ مَالٍ عَظِيمٍ إِجْحَافُهُ وَاسْتِئْصَالُهُ فَيَصِيرُ عُقُوبَةً فَضَمَّ إِلَيْهِ العَاقِلَةَ تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ. وَإِنَّمَا خُصُّوا بِالضَّمِّ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَصَرَ لِقُوَّةٍ فِيهِ وَتِلْكَ بِأَنْصَارِهِ وَهُمُ العَاقِلَةُ فَكَانُوا هُمُ المُقَصِّرِينَ فِي تَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتِهِ فَخُصُّوا بِهِ.

قَالَ: (وَالعَاقِلَةُ أَهْلُ الدِّيوَانِ إِنْ كَانَ القَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ يُؤْخَذُ مِنْ عَطَايَاهُمْ

قوله: فِي حَدِيثِ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ، حَمَل: هاهُنا اسم ولد الضانية، وهو ما رُوي في حديثه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لأولياء الضاربة: «قُومُوا فَدُوهُ»، قال أخوها عمران بن عويمر الأسلمي: أَنَدِي من لا صاح، ولا استهل، ولا شرب، ولا أكل، ومثل دمه بطل، فقال عليه الصلاة والسلام: «أسجع كسجع الكُهَّان»، بضم الكاف وتشديد الهاء جمع الكاهن، أو قال: «دعنِي وأراجيز العرب قوموا فدوه».

قوله: وَكَذَا الَّذِي تَوَلَّى شِبْهَ العَمْدِ، وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله.

يقال: أجحف به، أي: أهلكه واستأصله.

قوله: لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَصَرَ، أي: لأن المقاتل إنما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف.

قوله: وَتِلْكَ، أي: وتلك القوة.

الدِّيوَان: الجريدة، من دوَّن الكتب إذا جمعها؛ لأنها قطع من القراطيس مجموعة، ويُروى أن عمر رضي الله عنه أول من دوَّن الدواوين، أي: رتب الجرائد للولاة والقضاة.

ويقال: فلان من أهل الديوان، أي: ممَّن أثبت اسمه في الجريدة.

العطاء: اسم ما يعطى، والجمع أعطية وأعطيات.

فِي ثَلاثِ سِنِينَ) وَأَهْلُ الدِّيوَانِ أَهْلُ الرَّايَاتِ وَهُمُ الجَيْشُ الَّذِينَ كُتِبَتْ أَسَامِيهِمْ فِي الدِّيوَانِ وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الدِّيَةُ عَلَى أَهْلِ العَشِيرَةِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلامُ - وَلا نَسْخَ بَعْدَهُ؛ وَلِأَنَّهُ صِلَةٌ وَالأَوْلَى بِهَا الأَقَارِبُ. وَلَنَا قَضِيَّةُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فَإِنَّهُ لَمَّا دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ جَعَلَ العَقْلَ عَلَى أَهْلِ الدِّيوَانِ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مِنْهُمْ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِنَسْخٍ بَلْ هُوَ تَقْرِيرُ مَعْنًى؛ لِأَنَّ العَقْلَ كَانَ عَلَى أَهْلِ النُّصْرَةِ وَقَدْ كَانَتْ بِأَنْوَاعٍ: بِالقَرَابَةِ وَالحِلْفِ وَالوَلاءِ وَالعَدِّ. وَفِي عَهْدِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ

وفي «شرح القدوري» في العاقلة: الدية في أعطياتهم ثلاث سنين، فإن لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم، قال: والفرق بينهما أن العطية ما تفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلةً، كذا في «المغرب».

قوله: وَلَيْسَ ذَلِكَ بِنَسْخٍ بَلْ هُوَ تَقْرِيرُ مَعْنًى، وهذا جواب عن **قوله:** وَلا نَسْخَ بَعْدَهُ.

وذكره في «المبسوط» على وجه السؤال والجواب فقال:

فإن قيل: كيف يظن بهم الإجماع على خلاف ما قضى به رسول الله عليه الصلاة والسلام؟

قلنا: هذا إجماع على وفاق ما قضى به عليه الصلاة والسلام معنًى؛ فإنَّهم علموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى على العشيرة باعتبار النصرة، فقد كانت قوة المرء ونصرته يومئذٍ بعشيرته، فلما دوَّن عمر رضي الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان، فقد كان المرء قبيلته عن ديوانه على ما رُوي أن يوم الجمل وصفين جعل بإزاء كل قبيلة من كان من أهل تلك القبيلة، ليكونوا هم الذين يقاتلون قومهم فلهذا قضوا بالدية على أهل الديوان.

قوله: الحِلْفِ: بكسر الحاء العهد يكون بين القوم، ومنه قولهم: تحالفوا على التناصر، والمراد به هاهُنا ولاء الموالاة.

عَنْهُ - قَدْ صَارَتْ بِالدِّيوَانِ فَجَعَلَهَا عَلَى أَهْلِهِ اتِّبَاعًا لِلْمَعْنَى وَلِهَذَا قَالُوا: لَوْ كَانَ الْيَوْمَ قَوْمٌ تَنَاصُرُهُمْ بِالحِرَفِ فَعَاقِلَتُهُمْ أَهْلُ الحِرْفَةِ، وَإِنْ كَانَ بِالحِلْفِ فَأَهْلُهُ وَالدِّيَةُ صِلَةٌ كَمَا قَالَ، لَكِنَّ إِيجَابَهَا فِيمَا هُوَ صِلَةٌ وَهُوَ الْعَطَاءُ أَوْلَى مِنْهُ فِي أُصُولِ أَمْوَالِهِمْ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثِ سِنِينَ مَرْوِيٌّ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَمَحْكِيٌّ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ الأَخْذَ مِنَ الْعَطَاءِ لِلتَّخْفِيفِ وَالْعَطَاءُ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً (فَإِنْ خَرَجَتِ الْعَطَايَا فِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أَقَلَّ أُخِذَ مِنْهَا)

قوله: وَالوَلَاءِ، أي: ولاء العتاقة.

قوله: وَالعَدِّ، وهو أن يعد فيهم يقال: فلان عديد بني فلان، أي: يعد فيهم.

قوله: أَوْلَى مِنْهُ - أي: من الإيجاب، أي: إيجاب الدية في العطاء الذي هو الصلة أوْلَى من الإيجاب - فِي أُصُولِ أَمْوَالِهِمْ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثِ سِنِينَ؛ لأن الدية في حقه فرضت في عطيته، في كل عطية يخرج له ثلث الدية فيكون جميع الدية مفروضاً في ثلاث عطيات، وثلاث عطيات مؤجلة بثلاث سنين فأخذت الدية أيضاً في ثلاث سنين ضرورة، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَلِأَنَّ الأَخْذَ مِنَ العَطَاءِ لِلتَّخْفِيفِ وَالعَطَاءُ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً، وفي «المبسوط»: ولا يستحقون العطاء عندنا إلا بآخر السنة فلذلك قلنا: إذا خرج العطاء بعد القضاء بشهر أو أقل أخذ منه ثلث الدية، وإذا لم يقض عليهم بالدية حتى مضت سنون ثم قضى بها ولم يخرج للناس عطاءً ثم أمر بأعطياتهم الماضية لم يكن فيها من الدية شيء؛ لأن وجوب هذه الأعطية باعتبار مدَّة مضت قبل قضاء القاضي، وقد بيَّنا أن وجوب الدية بقضاء القاضي فمحل الأداء الأعطيات التي تجب بعد القضاء، فلهذا لا يستوفى من الأعطيات الماضية شيء من الدية، ويستقبل لصاحب الدية الأعطية المستقبلة بعد القضاء.

وذكر قبل هذا في «المبسوط»: وإذا قتل الرجل خطأً فلم يرفع إلى القاضي حتى مضت

لِحُصُولِ المَقْصُودِ وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَتِ العَطَايَا لِلسِّنِينَ المُسْتَقْبَلَةِ بَعْدَ القَضَاءِ، حَتَّى لَوِ اجْتَمَعَتْ فِي السِّنِينَ المَاضِيَةِ قَبْلَ القَضَاءِ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَ القَضَاءِ لا يُؤْخَذُ مِنْهَا؛ لِأَنَّ الوُجُوبَ بِالقَضَاءِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَلَوْ خَرَجَ لِلْقَاتِلِ ثَلَاثُ عَطَايَا فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ مَعْنَاهُ فِي المُسْتَقْبَلِ يُؤْخَذُ مِنْهَا كُلُّ الدِّيَةِ لِمَا ذَكَرْنَا، وَإِذَا كَانَ جَمِيعُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَكُلُّ ثُلُثٍ مِنْهَا فِي سَنَةٍ، وَإِنْ كَانَ الوَاجِبُ بِالعَقْلِ ثُلُثُ دِيَةِ النَّفْسِ أَوْ أَقَلَّ كَانَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ وَمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلَى تَمَامِ الثُّلُثَيْنِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ إِلَى تَمَامِ الدِّيَةِ فِي السَّنَةِ الثَّالِثَةِ. وَمَا وَجَبَ عَلَى العَاقِلَةِ مِنَ الدِّيَةِ أَوْ عَلَى القَاتِلِ بِأَنْ قَتَلَ الأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا فَهُوَ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: وَمَا وَجَبَ عَلَى القَاتِلِ فِي مَالِهِ فَهُوَ حَالٌّ؛ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ لِلتَّخْفِيفِ لِتَحَمُّلِ العَاقِلَةِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ العَمْدُ المَحْضُ.

سنون ثم رفع إليه، فإنه يقضى بالدية على عاقلته في ثلاث سنين من يوم يقضى؛ لأن ثبوت الأجل يبتني على وجوب المال والمال إنما يجب بقضاء القاضي، فأمَّا قبل القضاء المال ليس بواجب؛ لأن ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص، ومثل النفس النفس، إلا أنه إذا رفع إلى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق بقضائه إلى المال كما في ولد المغرور؛ فإن قيمته إنما تجب على المغرور بقضاء القاضي، وإن كان رد عينه متعذرًا قبل القضاء ولكن في الحكم جعل الواجب رد العين، إلا أن يحوله القاضي إلى القيمة بقضائه لتحقق العجز عن رد العين؛ ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن شيئًا فاعتبر قيمته يوم القضاء لهذا، وهو نظير الأجل في حق العنين فإنه لا يعتبر ما مضى من المدة قبل الخصومة، وإنما يكون ابتداء التأجيل من وقت قضاء القاضي ، فكذلك هاهُنا ابتداء التأجيل يكون من وقت قضاء القاضي.

وقوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أراد به قوله: لِأَنَّ الوُجُوبَ بِالقَضَاءِ.

وَلنَا أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ وَالشَّرْعَ وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلًا فَلَا يَتَعَدَّاهُ. وَلَوْ قَتَلَ عَشَرَةٌ رَجُلًا خَطأً فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ عُشْرُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالكُلِّ إِذْ هُوَ بَدَلُ النَّفْسِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ مُدَّةُ ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ القَضَاءِ بِالدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ المِثْلُ وَالتَّحَوُّلَ إِلَى القِيمَةِ بِالقَضَاءِ فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِهِ كَمَا فِي وَلَدِ المَغْرُورِ.

قَالَ: (وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ)؛ لِأَنَّ نُصْرَتَهُ بِهِمْ وَهِيَ المُعْتَبَرَةُ فِي التَّعَاقُلِ.

قَالَ: (وَتُقْسَمُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لا يُزَادُ الوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيَنْقُصُ مِنْهَا) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: كَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي مُخْتَصَرِهِ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يُزَادُ عَلَى أَرْبَعَةٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ

قوله: وَلنَا أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ - أي: يأبى القياس إيجاب المال بمقابلة النفس - وَالشَّرْعَ وَرَدَ بِهِ، أي: ورد بإيجاب المال إذا كان القتل خطأً كما في ولد المغرور، فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضي وإن كان رد عينه متعذرًا قبل القضاء، إلى آخر ما ذكرنا قبيل هذا.

قوله: وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ؛ لِأَنَّ نُصْرَتَهُ بِهِمْ، ولأن حالهم في المعنى حال الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد بيَّنا أنه قضى بالعقل على الأقارب، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يُزَادُ عَلَى أَرْبَعَةٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ؛ لأنه قيد نفي الزيادة على أربعة دراهم في حق السنة الواحدة لا في ثلاث سنين، فكان المأخوذ من كل واحدٍ في ثلاث سنين أكثر من أربعة دراهم لا محالة؛ لأنه لمَّا أخذ من كل واحدٍ في كل سنة أربعة كان المأخوذ من كل واحدٍ في ثلاث سنين اثني عشر درهما في مجموع الدية.

قوله: وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى أَنَّهُ لا يُزَادُ، إلى آخره، يريد بهذا ما استفيد

- رَحِمَهُ اللهُ - عَلَى أَنَّهُ لا يُزَادُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَتَّسِعُ القَبِيلَةُ لِذَلِكَ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ) مَعْنَاهُ: نَسَبًا كُلُّ ذَلِكَ لِمَعْنَى التَّخْفِيفِ وَيُضَمُّ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ عَلَى تَرْتِيبِ العَصَبَاتِ: الإِخْوَةُ ثُمَّ بَنُوهُمْ، ثُمَّ الأَعْمَامُ ثُمَّ بَنُوهُمْ. وَأَمَّا الآبَاءُ وَالأَبْنَاءُ فَقِيلَ يَدْخُلُونَ لِقُرْبِهِمْ، وَقِيلَ لا يَدْخُلُونَ؛ لِأَنَّ الضَّمَّ لِنَفْيِ الحَرَجِ حَتَّى لا يُصِيبَ كُلَّ وَاحِدٍ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ، وَهَذَا المَعْنَى إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ الكَثْرَةِ وَالآبَاءُ وَالأَبْنَاءُ لا يَكْثُرُونَ، وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الرَّايَاتِ إِذَا لَمْ يَتَّسِعْ لِذَلِكَ أَهْلُ رَايَةٍ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الرَّايَاتِ: يَعْنِي أَقْرَبَهُمْ نُصْرَةً

من الحكم من إشارة المختصر.

وذكر في «المبسوط» ما يؤيد منصوص محمد رحمه الله فقال: وقد ظنَّ بعض أصحابنا أن التقدير بثلاثة دراهم أو أربعة دراهم فيما يؤخذ منهم في كل سنة، وذلك غلط فقد فسَّر هاهُنا وقال: حتى يصيب الرجل في عطائه من الدية كلها أربعة دراهم أو ثلاثة، فعرفنا أنه لا يُؤْخَذُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ منهم إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ وَثُلُثٌ.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَتَّسِعُ القَبِيلَةُ لِذَلِكَ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ إليهم، قالوا: وهذا الجواب إنما يستقيم في حق العربي؛ لأن العرب حفظوا أنسابهم فأمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب، أمَّا الأعجمي فلا يستقيم في حقه؛ لأن العجم قد ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً، فبعد ذلك اختلف المشايخ قال بعضهم: به يعتبر المحال والقرى الأقرب فالأقرب، وقال بعضهم: يجب الباقي في مال الجانِي، وهذا الذي ذكرنا كله فيما إذا كان للجانِي عاقلة، أمَّا إذا لم يكن له عاقلة فعقله على بيت

إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ الأَقْرَبَ فَالأَقْرَبَ، وَيُفَوِّضُ ذَلِكَ إِلَى الإِمَامِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ العَالِمُ بِهِ، ثُمَّ هَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِينَارٍ فَيُسَوَّى بَيْنَ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ صِلَةٌ فَيُعْتَبَرُ بِالزَّكَاةِ وَأَدْنَاهَا ذَلِكَ إِذْ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَهُمْ نِصْفُ دِينَارٍ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: هِيَ أَحَطُّ رُتْبَةً مِنْهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لا تُؤْخَذُ مِنْ أَصْلِ المَالِ فَيُنْتَقَصُ مِنْهَا تَحْقِيقًا لِزِيَادَةِ التَّخْفِيفِ.

(وَلَوْ كَانَتْ عَاقِلَةُ الرَّجُلِ أَصْحَابَ الرِّزْقِ يُقْضَى بِالدِّيَةِ فِي أَرْزَاقِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ الثُّلُثُ)؛ لِأَنَّ الرِّزْقَ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ العَطَاءِ قَائِمٌ مُقَامَهُ إِذْ كُلٌّ مِنْهُمَا صِلَةٌ مِنْ بَيْتِ المَالِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ كَانَتْ أَرْزَاقُهُمْ تَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ، فَكَمَا يَخْرُجُ رِزْقٌ يُؤْخَذُ مِنْهُ الثُّلُثُ بِمَنْزِلَةِ العَطَاءِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَخَرَجَ بَعْدَ القَضَاءِ يُؤْخَذُ مِنْهُ سُدُسُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ شَهْرٍ يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ رِزْقٍ بِحِصَّتِهِ مِنَ الشَّهْرِ حَتَّى يَكُونَ المُسْتَوْفِي فِي كُلِّ سَنَةٍ مِقْدَارَ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْدَ القَضَاءِ بِيَوْمٍ أَوْ أَكْثَرَ أُخِذَ مِنْ رِزْقِ ذَلِكَ الشَّهْرِ بِحِصَّةِ الشَّهْرِ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ أَرْزَاقٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ وَأَعْطِيَةٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ فُرِضَتِ الدِّيَةُ فِي الأَعْطِيَةِ دُونَ الأَرْزَاقِ؛ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ، إِمَّا لِأَنَّ الأَعْطِيَةَ أَكْثَرُ، أَوْ لِأَنَّ الرِّزْقَ لِكِفَايَةِ الوَقْتِ فَيَتَعَسَّرُ الأَدَاءُ مِنْهُ وَالأَعْطِيَاتُ لِيَكُونُوا فِي الدِّيوَانِ قَائِمِينَ بِالنُّصْرَةِ فَيَتَيَسَّرَ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: (وَأُدْخِلَ القَاتِلُ مَعَ العَاقِلَةِ فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ الفَاعِلُ

المال، ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يكون في مال الجاني، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَأُدْخِلَ القَاتِلُ مَعَ العَاقِلَةِ فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ، اعلم أن القاتل إنما يكون

فَلا مَعْنَى لِإِخْرَاجِهِ وَمُؤَاخَذَةِ غَيْرِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجِبُ عَلَى القَاتِلِ شَيْءٌ مِنَ الدِّيَةِ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالكُلِّ فِي النَّفْيِ عَنْهُ وَالجَامِعُ كَوْنُهُ مَعْذُورًا. قُلْنَا: إِيجَابُ الكُلِّ إِجْحَافٌ بِهِ وَلا كَذَلِكَ إِيجَابُ الجُزْءِ، وَلَوْ كَانَ الخَاطِئُ مَعْذُورًا فَالبَرِيءُ مِنْهُ أَوْلَى، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤].

(وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ وَالذُّرِّيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ حَظٌّ فِي الدِّيوَانِ عَقْلٌ) لِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: لا يَعْقِلُ مَعَ العَاقِلَةِ صَبِيٌّ وَلا امْرَأَةٌ، وَلِأَنَّ العَقْلَ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَى أَهْلِ النُّصْرَةِ لِتَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتَهُ، وَالنَّاسُ لا يَتَنَاصَرُونَ بِالصِّبْيَانِ وَالنِّسَاءِ وَلِهَذَا لا يُوضَعُ عَلَيْهِمْ مَا هُوَ خَلَفٌ عَنِ النُّصْرَةِ وَهُوَ الجِزْيَةُ، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ القَاتِلُ صَبِيًّا أَوِ امْرَأَةً ،

كأحد العواقل في أداء نصيبه من الدية إذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان، وأمَّا إذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضـًا؛ لأن الدية تؤخذ من الأعطيات، وهو هكذا منصوص في «المبسوط» ويجيء بعد هذا محالًا إليه.

قوله: وَلَوْ كَانَ الخَاطِئُ مَعْذُورًا فَالبَرِيءُ مِنْهُ أَوْلَى؛ ولأن الوجوب عليهم باعتبار النصرة، ولا شك أنه ينصر نفسه كما ينصر غيره بل أشد منه.

قوله: وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ القَاتِلُ صَبِيًّا أَوِ امْرَأَةً، وفي «فتاوى القاضي الإمام»: إذا قتلت امرأة رجلًا خطأً حتى وجبت الدية على عاقلتها، فهل يجب عليها شيء من تلك الدية؟ اختلف المشايخ فيه، والصحيح أن القاتل يشارك العاقلة سواء كان القاتل امرأةً، أو صبيًّا، أو مجنونـًا، وكذلك أبُ القاتل وابنه من جملة العواقل، والزوج لا يكون عاقلة المرأة، وكذا المرأة لا تكون عاقلة الزوج، كذا في «المغني».

ثم قوله هاهُنا(١): لا يجب على المرأة شيء من الدية وإن كانت هي القاتلة، مخالف

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): مراده من قوله ما حَصَل قولُه، انتهى، أقولُ: وهذا لأن النص بعين الألفاظ ليس بمذكور في الهداية.

لا شَيْءَ عَلَيْهِمَا مِنَ الدِّيَةِ بِخِلَافِ الرَّجُلِ، لِأَنَّ وُجُوبَ جُزْءٍ مِنَ الدِّيَةِ عَلَى القَاتِلِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَحَدُ العَوَاقِلِ؛ لِأَنَّهُ يَنْصُرُ نَفْسَهُ وَهَذَا لا يُوجَدُ فِيهِمَا، وَالفَرْضُ لَهُمَا مِنَ العَطَاءِ لِلْمَعُونَةِ لا لِلنُّصْرَةِ كَفَرْضِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَرَضِيَ اللهُ عَنْهُنَّ.

(وَلا يَعْقِلُ أَهْلُ مِصْرٍ عَنْ مِصْرٍ آخَرَ) يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِأَهْلِ كُلِّ مِصْرٍ دِيوَانٌ عَلَى حِدَةٍ لِأَنَّ التَّنَاصُرَ بِالدِّيوَانِ عِنْدَ وُجُودِهِ، وَلَوْ كَانَ بِاعْتِبَارِ القُرْبِ فِي السُّكْنَى فَأَهْلُ مِصْرِهِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرٍ آخَرَ (وَيَعْقِلُ أَهْلُ كُلِّ مِصْرٍ مِنْ أَهْلِ سَوَادِهِمْ)؛ لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ لِأَهْلِ المِصْرِ، فَإِنَّهُمْ إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ اسْتَنْصَرُوا بِهِمْ فَيَعْقِلُهُمْ أَهْلُ المِصْرِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى القُرْبِ فِي النُّصْرَةِ (وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بِالبَصْرَةِ وَدِيوَانُهُ بِالكُوفَةِ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الكُوفَةِ)؛ لِأَنَّهُ يَسْتَنْصِرُ بِأَهْلِ دِيوَانِهِ لا بِجِيرَانِهِ. وَالحَاصِلُ أَنَّ الِاسْتِنْصَارَ بِالدِّيوَانِ أَظْهَرُ فَلَا يَظْهَرُ مَعَهُ حُكْمُ النُّصْرَةِ بِالقَرَابَةِ وَالنَّسَبِ وَالوَلَاءِ وَقُرْبِ

لتلك المسألة التي ذكرنا قبيل كتاب المعاقل فيما إذا وجد القتيل في دار امرأة، حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة.

قوله: وَالفَرْضُ لَهُمَا مِنَ العَطَاءِ لِلْمَعُونَةِ، هذا جواب إشكال وهو أن يقال: وقد فرض الإمام لنساء الغزاة وذرياتهم من العطاء، والعطاء إنما يدفع لنصرة أهل الإسلام كما في حق الغزاة، ثم الغزاة يكونون عواقل لغيرهم فكذا النساء، فأجاب عنه بهذا وقال: إنما يدفع العطاء للنساء والصبيان في الديوان باعتبار المعونة لا باعتبار النصرة، أي: باعتبار معونة الإمام الصبي والمرأة، لا باعتبار نصرتهما غيرهما.

قوله: وَالحَاصِلُ أَنَّ الِاسْتِنْصَارَ بِالدِّيوَانِ أَظْهَرُ فَلَا يَظْهَرُ مَعَهُ حُكْمُ النُّصْرَةِ بِالقَرَابَةِ وَالنَّسَبِ وَالوَلَاءِ وَقُرْبِ السُّكْنَى، وعن هذا قال في «المبسوط»: ولو أن أخوين لأب وأم ديوان

السُّكْنَى وَغَيْرِهِ وَبَعْدَ الدِّيوَانِ النُّصْرَةُ بِالنَّسَبِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ كَثِيرٌ مِنْ صُوَرِ مَسَائِلِ المَعَاقِلِ.

(وَمَنْ جَنَى جِنَايَةً مِنْ أَهْلِ المِصْرِ وَلَيْسَ لَهُ فِي الدِّيوَانِ عَطَاءٌ وَأَهْلُ البَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ وَمَسْكَنُهُ المِصْرُ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الدِّيوَانِ مِنْ ذَلِكَ المِصْرِ) وَلَمْ يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الدِّيوَانِ قَرَابَةٌ، قِيلَ هُوَ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ يَذُبُّونَ عَنْ أَهْلِ المِصْرِ وَيَقُومُونَ بِنُصْرَتِهِمْ وَيَدْفَعُونَ عَنْهُمْ أَهْلُ الدِّيوَانِ مِنْ أَهْلِ المِصْرِ وَلَا يَخُصُّونَ بِهِ أَهْلَ العَطَاءِ. وَقِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُمْ، وَفِي الكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ حَيْثُ قَالَ: وَأَهْلُ البَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرٍ، وَهَذَا لِأَنَّ الوُجُوبَ عَلَيْهِمْ بِحُكْمِ القَرَابَةِ وَأَهْلُ المِصْرِ أَقْرَبُ مِنْهُمْ مَكَانًا فَكَانَتِ القُدْرَةُ عَلَى النُّصْرَةِ لَهُمْ وَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ

أحدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما عن صاحبه، وإنما يعقل عن كل واحد منهما أهل ديوانه.

وقوله: وَغَيْرِهِ، وهو العدُّ والحِلف.

وقوله: وَأَهْلُ البَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ، أي: أقرب قرابة.

قوله: قِيلَ هُوَ صَحِيحٌ، وقوله: هُوَ، راجع إلى قوله: وَلَمْ يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الدِّيوَانِ قَرَابَةٌ.

وقوله: عَنْ أَهْلِ المِصْرِ، بيان لقوله: أَهْلُ الدِّيوَانِ، أي: أهل الديوان الذين هم من أهل المصر.

قوله: وَقِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُمْ، أي: ذا قرابة لهم.

قوله: وَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ الغَيْبَةِ المُنْقَطِعَةِ، يعني: أن للولي الأبعد أن يزوج إذا كان

الغَيْبَةِ المُنْقَطِعَةِ (وَلَوْ كَانَ البَدْوِيُّ نَازِلًا فِي المِصْرِ لا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ لا يَعْقِلُهُ أَهْلُ المِصْرِ)؛ لِأَنَّ أَهْلَ العَطَاءِ لا يَنْصُرُونَ مَنْ لا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ، كَمَا أَنَّ أَهْلَ البَادِيَةِ لا تَعْقِلُ عَنْ أَهْلِ المِصْرِ النَّازِلِ فِيهِمْ؛ لِأَنَّهُ لا يَسْتَنْصِرُ بِهِمْ (وَإِنْ كَانَ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوفَةٌ يَتَعَاقَلُونَ بِهَا فَقَتَلَ أَحَدُهُمْ قَتِيلًا فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ المُسْلِمِ)؛ لِأَنَّهُمْ التَزَمُوا أَحْكَامَ الإِسْلَامِ فِي المُعَامَلَاتِ لا سِيَّمَا فِي المَعَانِي العَاصِمَةِ عَنِ الإِضْرَارِ، وَمَعْنَى التَّنَاصُرِ مَوْجُودٌ فِي حَقِّهِمْ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ عَاقِلَةٌ مَعْرُوفَةٌ فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَى بِهَا عَلَيْهِ) كَمَا فِي حَقِّ المُسْلِمِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ

الأقرب غائباً.

قوله: لا سِيَّمَا فِي المَعَانِي العَاصِمَةِ، كحد السرقة، والقذف، والقصاص، ووجوب الدية، وإن لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين، هذا الذي ذكره في حق الذمي، وأمَّا إذا لم يكن للمسلم عاقلة فالدية في بيت المال؛ لأنه ذكر بعد هذا في الكتاب: قَالَ أَصْحَابُنَا: إنَّ القَاتِلَ إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ، وهو محمول على المسلم لئلا تتناقض الروايتان، مع أنِّي وجدتُ صريحاً بهذا الوجه في «الذخيرة» فقال فيها:

وإن كان أهل الذمة لا يدينون التعاقل فيما بينهم فإنه تجب الدية في مال الجاني، وإذا دانوا التعاقل إلا أنه لا عاقلة للجاني كان في مال الجاني، ولا تجب في مال بيت المال، ثم قال: فرق بين الذمي والمسلم، فإن الجاني إذا كان مسلماً ولا عاقلة له فعقله في مال بيت المال في ظاهر الرواية، ولا يجب في مال الجاني، والفرق أن العقل إنما يجب على غير الجاني باعتبار النصرة، ومتى لم يكن للمسلم ديوان ولا قرابة بأن كان لقيطاً فجماعة المسلمين أهلُ نصرته، فأمكننا إيجاب عقله في بيت مال المسلمين باعتبار النصرة،

بخلاف الذمي فإن جماعة المسلمين ليسوا أهل نصرته فالولاية بيننا وبينهم منقطعة، فتعذر إيجابُ العقل في بيت المال باعتبار النصرة فوجب في ماله.

الوُجُوبَ عَلَى القَاتِلِ وَإِنَّمَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُ إِلَى العَاقِلَةِ أَنْ لَوْ وُجِدَتْ، فَإِذَا لَمْ تُوجَدْ بَقِيَتْ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ تَاجِرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فِي دَارِ الحَرْبِ قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ أَهْلَ دَارِ الإِسْلَامِ لا يَعْقِلُونَ عَنْهُ، وَتَمَكُّنُهُ مِنْ هَذَا القَتْلِ لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ.

(وَلا يَعْقِلُ كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ وَلا مُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ) لِعَدَمِ التَّنَاصُرِ وَالكُفَّارُ يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ لِأَنَّ الكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ. قَالُوا: هَذَا إِذَا لَمْ تَكُنِ المُعَادَاةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ ظَاهِرَةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً كَاليَهُودِ وَالنَّصَارَى يَنْبَغِي أَنْ لا يَتَعَاقَلُونَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِانْقِطَاعِ التَّنَاصُرِ.

وَلَوْ كَانَ القَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ فَحَوَّلَ دِيوَانَهُ إِلَى البَصْرَةِ ثُمَّ رُفِعَ إِلَى القَاضِي فَإِنَّهُ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ البَصْرَةِ. وَقَالَ زُفَرُ: يُقْضَى عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ المُوجِبَ هُوَ الجِنَايَةُ وَقَدْ

قوله: وَتَمَكُّنُهُ مِنْ هَذَا القَتْلِ لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ، أي: ليس بسبب نصرة أهل الإسلام إيَّاه.

قوله: وَلا يَعْقِلُ كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ وَلا مُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ، لِعَدَمِ التَّنَاصُرِ؛ لأن التعاقل يبتني على الموالاة والتناصر وذلك ينعدم عند اختلاف الملة، قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، وقال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمْ يُهَاجِرُواْ مَا لَكُم مِّن وَلَـٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُواْ﴾ [الأنفال: ٧٢]، فلمَّا قطع الموالاة بين من هاجر وبين لم يهاجر حين كانت الهجرة فريضة، كان ذلك دليل انقطاع الموالاة بين الكفار والمسلمين، وحكم الميراث والنفقة يؤيد ما ذكرنا، كذا في «المبسوط».

قوله: فَحَوَّلَ دِيوَانَهُ، أي: بعد القتل.

تَحقَّقَ وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الكُوفَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا حُوِّلَ بَعْدَ القَضَاءِ.

وَلَنَا أَنَّ المَالَ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ القَضَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ المِثْلُ وَبِالقَضَاءِ يَنْتَقِلُ إِلَى المَالِ، وَكَذَا الوُجُوبُ عَلَى القَاتِلِ وَتَتَحَمَّلُ عَنْهُ عَاقِلَتُهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَحَمَّلُ عَنْهُ مَنْ يَكُونُ عَاقِلَتَهُ عِنْدَ القَضَاءِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَضَاءِ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالقَضَاءِ فَلَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ ذَلِكَ، لَكِنَّ حِصَّةَ القَاتِلِ تُؤْخَذُ مِنْ عَطَائِهِ بِالبَصْرَةِ لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنَ العَطَاءِ وَعَطَاؤُهُ بِالبَصْرَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَلَّتِ العَاقِلَةُ بَعْدَ القَضَاءِ عَلَيْهِمْ حَيْثُ يُضَمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ فِي النَّسَبِ؛ لِأَنَّ فِي النَّقْلِ إِبْطَالَ حُكْمِ الأَوَّلِ فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ، وَفِي الضَّمِّ تَكْثِيرُ المُتَحَمِّلِينَ لِمَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ فَكَانَ فِيهِ تَقْرِيرُ الحُكْمِ الأَوَّلِ لا إِبْطَالُهُ، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ القَاتِلُ مَسْكَنُهُ بِالكُوفَةِ وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ فَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ حَتَّى اسْتَوْطَنَ البَصْرَةَ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ البَصْرَةِ، وَلَوْ كَانَ قَضَى بِهَا عَلَى أَهْلِ الكُوفَةِ لَمْ يَنْتَقِلْ عَنْهُمْ، وَكَذَا البَدَوِيُّ إِذَا الحِقَ بِالدِّيوَانِ بَعْدَ القَتْلِ

قوله: وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الكُوفَةِ، الواو للحال.

قوله: لَكِنَّ حِصَّةَ القَاتِلِ تُؤْخَذُ مِنْ عَطَائِهِ بِالبَصْرَةِ، وإن كان بعد القضاء في الكوفة.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَلَّتِ العَاقِلَةُ بَعْدَ القَضَاءِ عَلَيْهِمْ، بأن مات بعضهم، وقوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَلَّتِ، متعلق بقوله: بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَضَاءِ، أي: لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَلَّتِ العَاقِلَةُ ... حَيْثُ يُضَمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ فِي النَّسَبِ، وإن كان بعد القضاء، مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجود من وقت القضاء إلى أقرب القبائل، فأجاب عنه بقوله: إن في ضم أقرب القبائل إليهم تقرير للحكم الأول لا إبطال له.

قَبْلَ القَضَاءِ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الدِّيوَانِ، وَبَعْدَ القَضَاءِ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالبَادِيَةِ لا يَتَحَوَّلُ عَنْهُمْ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ البَادِيَةِ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ فِي ثَلاثِ سِنِينَ ثُمَّ جَعَلَهُمُ الإِمَامُ فِي العَطَاءِ حَيْثُ تَصِيرُ الدِّيَةُ فِي أَعْطِيَاتِهِمْ وَإِنْ كَانَ قَضَى بِهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ فِي أَمْوَالِهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَقْضُ القَضَاءِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ قَضَى بِهَا فِي أَمْوَالِهِمْ وَأَعْطِيَاتُهُمْ أَمْوَالُهُمْ، غَيْرَ أَنَّ الدِّيَةَ تُقْضَى مِنْ أَيْسَرِ الأَمْوَالِ أَدَاءً، وَالأَدَاءُ مِنَ العَطَاءِ أَيْسَرُ إِذَا صَارُوا مِنْ أَهْلِ العَطَاءِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالُ العَطَاءِ مِنْ جِنْسِ مَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِ بِأَنْ كَانَ القَضَاءُ بِالإِبِلِ وَالعَطَاءُ دَرَاهِمَ فَحِينَئِذٍ لا تَتَحَوَّلُ إِلَى الدَّرَاهِمِ أَبَدًا لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ القَضَاءِ الأَوَّلِ، لَكِنْ يُقْضَى ذَلِكَ مِنْ مَالِ العَطَاءِ؛ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ.

قَالَ: (وَعَاقِلَةُ المُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ)؛ لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِمْ يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ».

قَالَ: (وَمَوْلَى المُوَالَاةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ)؛ لِأَنَّهُ وَلَاءٌ يُتَنَاصَرُ بِهِ فَأَشْبَهَ وَلَاءَ العَتَاقَةِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الوَلَاءِ.

قَالَ: (وَلَا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ وَتَتَحَمَّلُ نِصْفَ العُشْرِ فَصَاعِدًا)

قوله: لَكِنْ يُقْضَى ذَلِكَ - أي: الإبل - مِنْ مَالِ العَطَاءِ، بأن يشتري الإبل من مال العطاء.

قوله: وَلَا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ، والدليل على أنَّها لا تتحمل ما دون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده، ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال، كذا في «شرح الأقطع».

وَالأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - مَوْقُوفًا عَلَيْهِ وَمَرْفُوعًا إِلَى رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا تَعْقِلُ العَوَاقِلُ عَمْدًا وَلا عَبْدًا وَلا صُلْحًا وَلا اعْتِرَافًا وَلا مَا دُونَ أَرْشِ المُوضِحَةِ» وَأَرْشُ المُوضِحَةِ نِصْفُ عُشْرِ بَدَلِ النَّفْسِ؛ وَلِأَنَّ التَّحَمُّلَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الإِجْحَافِ وَلا إِجْحَافَ فِي القَلِيلِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي الكَثِيرِ، وَالتَّقْدِيرُ الفَاصِلُ عُرِفَ بِالسَّمْعِ.

قَالَ: (وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ يَكُونُ فِي مَالِ الجَانِي) وَالقِيَاسُ فِيهِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ القَلِيلِ وَالكَثِيرِ فَيَجِبُ الكُلُّ عَلَى العَاقِلَةِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ، أَوِ التَّسْوِيَةُ فِي أَنْ لا يَجِبَ عَلَى العَاقِلَةِ شَيْءٌ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَا، وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَوْجَبَ أَرْشَ الجَنِينِ عَلَى العَاقِلَةِ» وَهُوَ نِصْفُ عُشْرِ بَدَلِ الرَّجُلِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الدِّيَاتِ، فَمَا دُونَهُ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكُ الأَمْوَالِ لِأَنَّهُ يَجِبُ بِالتَّحْكِيمِ كَمَا يَجِبُ ضَمَانُ المَالِ بِالتَّقْوِيمِ فَلِهَذَا كَانَ فِي مَالِ الجَانِي أَخْذًا بِالقِيَاسِ.

قَالَ: (وَلا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ جِنَايَةَ العَبْدِ وَلا مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ أَوْ بِاعْتِرَافِ الجَانِي) لِمَا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّهُ لا تَنَاصُرَ بِالعَبْدِ وَالإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لا يَلْزَمَانِ العَاقِلَةَ لِقُصُورِ الوِلَايَةِ عَنْهُمْ.

قوله: فَمَا دُونَهُ، أي: فما دون أرش الموضحة، وما دونه حكومة عدل.

قوله: وَلا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ جِنَايَةَ العَبْدِ، هذا من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل بأن يجنى العبد على الحر، وأمَّا لو جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته؛ لأنه بدل النفس، وبهذا اللفظ يجيء بُعيد هذا في الكتاب.

قوله: وَالإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لا يَلْزَمَانِ العَاقِلَةَ، أي: شيئًا، إلا أن في الإقرار تجب الدية في ثلاث سنين، وفي الصلح عن العمد يجب المال حالًّا إلا إذا شرط الأجل في الصلح فيكون

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ)؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِتَصَادُقِهِمْ وَالِامْتِنَاعُ كَانَ لِحَقِّهِمْ وَلَهُمْ وِلَايَةٌ عَلَى أَنْفُسِهِمْ. (وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلٍ خَطَإٍ وَلَمْ يَرْفَعُوا إِلَى الْقَاضِي إِلَّا بَعْدَ سِنِينَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَى)؛ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ فِي الثَّابِتِ بِالْبَيِّنَةِ فَفِي الثَّابِتِ بِالْإِقْرَارِ أَوْلَى (وَلَوْ تَصَادَقَ الْقَاتِلُ وَوَلِيُّ الْجِنَايَةِ عَلَى أَنَّ قَاضِيَ بَلَدِ كَذَا قَضَى بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالْكُوفَةِ بِالْبَيِّنَةِ وَكَذَّبَهُمَا الْعَاقِلَةُ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَاقِلَةِ)؛ لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِمْ.

مؤجلًا، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

ثم ذكر بعد هذا فيها: رجل أقر عند القاضي أنه قتل فلانـًا خطأ، فأقام ولي القتيل أيضـًا بينة أن المدعى عليه قتله وهو المقر تقبل هذه البينة؛ لأن البينة تثبت ما ليس بثابت بإقرار المدعى عليه، وتأيد بهذه المسألة ما قاله شيخ الإسلام: إن البينة على القتل إنما تقبل عند حضرة الجاني؛ لأنه هو القاتل والعاقلة يتحملون عنه، وحضرة الكفيل لا تشترط لوجوب المال على الأصيل إذا قامت البينة على الأصيل، فإنه جعل القاتل هنا خصمـًا مع إقراره ولم يذكر حضرة العاقلة، فلأن يكون خصمـًا حالة الإنكار أَوْلَى، ودلَّت المسألة على أن الدية تجب أولًا على القاتل، ثم يقضى على العاقلة بطريق التحمل؛ لأن الدية لو وجبت ابتداءً على العاقلة كان إقرار القاتل إقرارًا على العاقلة.

قوله: قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَى؛ لأن ما يثبت بالاعتراف لا يتحمله العاقلة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ولا اعترافـًا»؛ وهذا لأن إقراره في حقه محمول على الصدق، وفي حق عاقلته محمول على الكذب لكونه متهمـًا في حقهم، ثم موجب الجناية في الأصل على الجاني ثم تتحمله العاقلة عنه للتخفيف عليه، فإذا لم يثبت السبب في حق العاقلة بقي الواجب عليه باعتبار الأصل، والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الإقرار؛ لأن الثابت بالإقرار بالقتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعاينة، وفي القتل المعاين الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهنا أَوْلَى، كذا في «المبسوط».

(وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي مَالِهِ)؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ بِتَصَادُقِهِمَا تَقَرَّرَتْ عَلَى العَاقِلَةِ بِالقَضَاءِ وَتَصَادُقُهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ مَعَهُمْ فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ)؛ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ حِصَّتِهِ مُقِرٌّ عَلَى نَفْسِهِ وَفِي حَقِّ العَاقِلَةِ مُقِرٌّ عَلَيْهِمْ.

قوله: وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي مَالِهِ، أي: لم يكن على المقر أيضاً شيء من الدية، يعني كما لا يجب على العاقلة؛ لما أن تصادقهما ليس بحجة عليهم، كذلك لا يجب على المقر القاتل أيضاً لتقرر وجوب الدية على العاقلة بتصادقهما وأحدُ المتصادقين وليُّ القتيل، فمن زعم أن الدية إنما وجبت على العاقلة لا على المقر فإقراره حجة على نفسه.

قوله: بِخِلَافِ الأَوَّلِ، أراد به قوله: وَالإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لا يَلْزَمَانِ العَاقِلَةَ، فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقر، وإنما وجبت الدية هناك في مال المقر؛ لأن هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فتجب في مال المقر ضرورةً.

وذكر في «المبسوط» في شرح قوله: وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ، أي: ولم يكن على المقر شيء في ماله؛ لأنَّهما تصادقا على أن الواجب بقضاء القاضي مقرر على العاقلة، وبعدما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه، وَتَصَادُقُهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، فإن هناك السبب الموجب للدية على العاقلة وهو قضاء القاضي لم يوجد أصلًا، فيقضى بها في مال المقر، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ مَعَهُمْ فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ من ذلك؛ لأنه في مقدار حصته مقرٌّ على نفسه وفي حصة عواقله مقرٌّ عليهم فيؤخذ بما أقرَّ به على نفسه، ومن هذا تبيَّن أن القاتل إنما يكون أحد العواقل عندنا إذا كان له عطاء في الديوان، فأمَّا إذا لم يكن فليس عليه من الدية شيءٌ؛ لأن الدية تؤخذ من الأعطيات.

فإن قيل: لمَّا كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه إلى عاقلته بقضاء القاضي، فإذا نوى على العاقلة بجحودهم عاد الدين إلى ذمة المحيل، قلنا: هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى عن مال المسلم، وهذا أصله لم يكن ديناً وإنما كان بطريق الصلة

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى الحُرُّ عَلَى العَبْدِ فَقَتَلَهُ خَطأً كَانَ عَلَى عَاقِلَتِهِ قِيمَتُهُ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ أَصْلِنَا. وَفِي أَحَدِ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ المَالِ عِنْدَهُ وَلِهَذَا يُوجِبُ قِيمَتَهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَمَا دُونَ النَّفْسِ مِنَ العَبْدِ لَا تَتَحَمَّلُهُ العَاقِلَةُ؛ لِأَنَّهُ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكَ الأَمْوَالِ عِنْدَنَا عَلَى مَا عُرِفَ، وَفِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ العَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُهُ كَمَا فِي الحُرِّ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ. قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ القَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّ جَمَاعَةَ المُسْلِمِينَ هُمْ أَهْلُ نُصْرَتِهِ وَلَيْسَ بَعْضُهُمْ أَخَصَّ مِنْ بَعْضٍ بِذَلِكَ، وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ لِبَيْتِ المَالِ فَكَذَا مَا يَلْزَمُهُ مِنَ الغَرَامَةِ يَلْزَمُ بَيْتَ المَالِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - رِوَايَةٌ شَاذَّةٌ أَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ،

لصيانة دم المقتول عن الهدر؛ فبعدما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول إليه بحال، سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف، كذا في «المبسوط».

قوله: قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ القَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ، وقد ذكرنا قبيل هذا: هذا الإطلاق محمول على ما إذا كان القاتل مسلمًا، فأمّا إذا كان القاتل ذميًّا ولا عاقلة له فالدية في ماله لا في بيت المال.

قوله: فَكَذَا مَا يَلْزَمُهُ مِنَ الغَرَامَةِ يَلْزَمُ بَيْتَ المَالِ، وفي «فتاوى قاضي خان»: روى محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله أن من لا عاقلة له إذا كان قتل رجلًا خطأً فإن دية القتيل تكون في مال الجاني.

وذكر في كتاب الولاء من «الأصل»: أن بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقًّا للميراث بأن كان حرًّا مسلمًا، أو لم يكن مستحقًّا بأن كان كافرًا أو عبدًا، فقال: لو أن حربيًّا مستأمنًا اشترى عبدًا مسلمًا في دار الإسلام فأعتقه، ثم عاد المستأمن إلى دار الحرب، ثم أسر وأخرج إلى دار الإسلام ثم مات مُعتقُه فميراثه يكون لبيت المال؛ لأن معتِقه رقيق في الحال، ولو جنى هذا المعتَق فعقل جنايته تكون عليه، أي: على نفسه ولا يكون

وَوَجْهُهُ أَنَّ الأَصْلَ أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ عَلَى القَاتِلِ لِأَنَّهُ بَدَلُ مُتْلِفٌ وَالإِتْلَافُ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُهَا تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ عَلَى مَا مَرَّ. وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ عَادَ الحُكْمُ إِلَى الأَصْلِ. (وَابْنُ المُلَاعَنَةِ تَعْقِلُهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ)؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ مِنْهَا دُونَ الأَبِ (فَإِنْ عَقَلُوا عَنْهُ ثُمَّ ادَّعَاهُ الأَبُ رَجَعَتْ عَاقِلَةُ الأُمِّ بِمَا أَدَّتْ عَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يَقْضِي القَاضِي لِعَاقِلَةِ الأُمِّ عَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الدِّيَةَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّ عِنْدَ الإِكْذَابِ ظَهَرَ أَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَزَلْ كَانَ ثَابِتًا مِنَ الأَبِ حَيْثُ بَطَلَ اللِّعَانُ بِالإِكْذَابِ، وَمَتَى ظَهَرَ مِنَ الأَصْلِ فَقَوْمُ الأُمِّ تَحَمَّلُوا مَا كَانَ وَاجِبًا عَلَى قَوْمِ الأَبِ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ مُضْطَرُّونَ فِي ذَلِكَ.

على بيت المال؛ لأن له وارثاً معروفاً وهو المعتِق، وإن كان المعتِق لا يستحق ميراثه لأجل الرق وهو الصحيح.

وذكر فيها أيضاً في أول فصل المعاقل: ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله قال: هذا فصل - أي: حكم المعاقل - اختلف فيه المتأخرون، قال بعضهم: لا عاقلة للعجم، وهو قول الفقيه البلخي، وأبي جعفر الهندواني رحمهما الله؛ لأن العجم لم يحفظوا أنسابهم ولا يتناصرون فيما بينهم وليس لهم ديوان، وتحمل الجناية عن الغير عرف، بخلاف القياس في حق العرب فإنَّهم لم يضيعوا أنسابهم ويتناصرون فيما بينهم فلا يلحق بهم العجم.

وقال بعضهم: للعجم عاقلة عند التناصر والمقاتلة مع البعض لأجل البعض نحو الأساكفة، والصفارين بمَرْو، ودرب الخشابين وكلاباذ ببخارى؛ فإذا قتل واحد خطأً ووجبت الدية فأهل محلة القاتل ورستاقه عاقلته، وكذلك طلبة العلم، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني وكثير من المشايخ رحمهم الله، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين يأخذ بقول الفقيه أبي جعفر بأن العبرة للتناصر، واجتماع الأساكفة وطلبة العلم ونحوهم لا يكون للتناصر فلا يلزمهم التحمل عن غيرهم.

وَكَذَلِكَ إنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ وَفَاءٍ وَلَهُ وَلَدٌ حُرٌّ فَلَمْ يُؤَدِّ كِتَابَتَهُ حَتَّى جَنَى ابْنُهُ وَعَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ أُمِّهِ ثُمَّ أُدِّيَتِ الكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَ الأَدَاءِ يَتَحَوَّلُ وَلاؤُهُ إلَى قَوْمِ أَبِيهِ مِنْ وَقْتِ حُرِّيَّةِ الأَبِ وَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ قَوْمَ الأُمِّ عَقَلُوا عَنْهُمْ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ. وَكَذَلِكَ رَجُلٌ أَمَرَ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ فَضَمِنَتْ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ الدِّيَةَ رَجَعَتْ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الآمِرِ إنْ كَانَ الأَمْرُ ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ، وَفِي مَالِ الآمِرِ إنْ كَانَ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يَقْضِي بِهَا القَاضِي عَلَى الآمِرِ، أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ لِأَنَّ الدِّيَاتِ تَجِبُ مُؤَجَّلَةً بِطَرِيقِ التَّيْسِيرِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَاهُنَا عِدَّةُ مَسَائِلَ ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ مُتَفَرِّقَةً، وَالأَصْلُ الَّذِي يُخَرَّجُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: حَالُ القَاتِلِ إذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا فَانْتَقَلَ وَلاؤُهُ إلَى وَلاءٍ بِسَبَبِ أَمْرٍ حَادِثٍ

قوله: وَكَذَلِكَ إنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ وَفَاءٍ، إلى قوله: ثُمَّ أُدِّيَتِ الكِتَابَةُ، أي: حينئذٍ يرجع قوم الأم على قوم الأب.

قوله: وَالأَصْلُ الَّذِي يُخَرَّجُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: حَالُ القَاتِلِ إذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا فَانْتَقَلَ وَلاؤُهُ إلَى وَلاءٍ، هذا تفسير التبدل بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الأولى، كالمولود بين حرة وعبد إذا جنى ثم أعتق الأب لا تتحول الجناية عن عاقلة الأم؛ لأن هاهُنا تبدل حاله بأن انتقل ولاؤه عن موالي الأم إلى موالي الأب.

ومن نظيره أيضاً: حربي أسلم ووالى مسلماً ثم جنى جناية عقلت عنه عاقلة الذي والاه، فإن ولاء الموالاة عندنا بمنزلة ولاء العتق في حكم عقل الجناية، ثم لا يكون له أن يتحول بولائه بعد الجناية؛ لأنَّها تأكدت بعقل الحناية عنه، فإن عقلوا عنه ولم يقض بها حتى أسر أبوه من دار الحرب فاشتراه رجل فأعتقه جُرّ ولاء ابنه؛ لأن ولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة، فبعد ما ظهر لأبيه ولاء عتق لا يبقى ولاء الموالاة في حقه بل ينتفي حكماً، وتأكده

لَمْ تَنْتَقِلْ جِنَايَتُهُ عَنِ الأَوَّلِ قَضَى بِهَا أَوْ لَمْ يَقْضِ، وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ مِثْلُ دَعْوَةِ وَلَدِ المُلَاعَنَةِ حُوِّلَتِ الجِنَايَةُ إِلَى الأُخْرَى وَقَعَ القَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ،

لا يمنع ذلك بمنزلة الولاء الثابت لموالي أمِّه عليه، ثم لا ترجع عاقلة الذي كان والاه على عاقلة موالي الأب بشيءٍ، ولا تزول تلك الجناية عنهم وإن لم يكن قضى بها عليهم؛ لأن هذا ولاء حادث بسبب جديد وهو إعتاق الأب، فلا يظهر أثره في الجناية السابقة؛ لأن الولاء الثاني لم يكن في وقت الجناية، بخلاف ظهور الحالة الخفية كما في ولد الملاعنة على ما يجيء.

ومن نظيره أيضـًا: الغلام إذا حفر بئرًا قبل أن يعتق أبوه ثم أعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما أعتق أبوه، فإن القاضي يقضي بالدية على عاقلة الأم ولا يجعل على عاقلة الأب من ذلك شيئـًا؛ لأن الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك، والحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع، فإن الجناية لا تتحول إلى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر، فإن العبد إذا حفر بئرًا في طريق المسلمين بغير إذن مولاه فقبل أن يقع فيه إنسان باعه ثم وقع في ملك المشتري إنسان فماتَ، فالضمان على البائع لا على المشتري؛ لأن ملك المشتري حادث بعد الحفر؛ فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية، كذا في «المبسوطين».

قوله: وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ مِثْلُ دَعْوَةِ وَلَدِ المُلَاعَنَةِ حُوِّلَتِ الجِنَايَةُ إِلَى الأُخْرَى وَقَعَ القَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ، يعنِي: إذا قتل ابن الملاعنة رجلًا خطأً فعقلت عنه عاقلة الأم ثم ادعاه الأب، يثبت نسبه منه ورجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب بها؛ لأن النسب كان ثابتـًا منه بالفراش وقد انقطع النسب عنه بقضاء القاضي، ولكن بقي أصل النسب موقوفـًا على حقه حتى إذا ادعاه غيره لم يثبت منه، وإذا ادعاه هو ثبت النسب منه مع كونه مناقضـًا وإن كذبته الأم في ذلك، وإنما ثبت النسب منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة، فتبيَّن به أن عقل جنايته كانت على عاقلة أبيه، وعاقلة الأم ما كانوا متبرعين فيما أدُّوا بل أجبروا عليه بقضاء القاضي فثبتَ لهم حق الرجوع على عاقلة الأب.

وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفْ حَالُ الجَانِي وَلَكِنَّ العَاقِلَةَ تَبَدَّلَتْ كَانَ الِاعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ لِوَقْتِ القَضَاءِ، فَإِنْ كَانَ قَضَى بِهَا عَلَى الأُولَى لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى الثَّانِيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَضَى بِهَا عَلَى الأُولَى فَإِنَّهُ يَقْضِي بِهَا عَلَى الثَّانِيَةِ،

ومن نظيره أيضاً: ما إذا ماتَ المكاتب عن ولد حرٍّ ووفاءٍ فلم يُؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه، وابنُه من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من هَمْدان، فعقل عنه جنايتَه قومُ أمه ثم أديت الكتابة فإن عاقلة الأم يرجعون بما أدُّوا على عاقلة الأب؛ لأن عتق المكاتب عند أداء البدل يستند إلى حال حياته؛ فيتبين أنه كان للولد ولاء من جانب الأب حين جنى، وأن موجب جنايته على مولى أبيه فلذلك يرجعون على موالي الأب.

وكذلك رجل أمر صبيًّا ليقتل رجلًا فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر؛ لأن الآمر مسبِّبٌ متعدٍ فإنه استعمل الصبي في أمر لحقه فيه تبِعة فيثبت لعاقلته حق الرجوع بما أدُّوا على الآمر، غير أنه إن كان الأمر ثبت بالبينة فرجوعهم على عاقلة الآمر؛ لأن التسبيب في الجناية لا يكون فوق المباشرة، وإن كان ثبت الأمر بإقراره فإنَّهم يرجعون عليه في ماله في ثلاث سنِين من وقت قضاء القاضي على الآمر أو على عاقلته.

قوله: وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفْ حَالُ الجَانِي وَلَكِنَّ العَاقِلَةَ تَبَدَّلَتْ كَانَ الِاعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ لِوَقْتِ القَضَاءِ، فمن نظيره ما إذا كان القاتل من أهل الكوفة وله بِها عطاء، ولم يقض بالدية على عاقلته حتى تحول ديوانه إلى البصرة، فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة، وعلى قول زفر رحمه الله يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله أيضاً وقد ذكر هذا في الكتاب.

وكذلك لو كان رجل مسكنه بالكوفة فقتل رجلًا خطأً فلم يقض عليه حتى تحول عن الكوفة واستوطن البصرة، فإنه يقضى بالدية على عاقلته بالبصرة، ولو كان قضى بِها على عاقلته بالكوفة لم ينتقل عنهم؛ لأن من لا عطاء له إذا كان يسكن مصرًا فعاقلته أهل ديوان ذلك المصر بمنزلة من له عطاء.

وكذلك البدوي إذا التحق في الديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي فإنه يقضى بالدية

وَإِنْ كَانَتِ العَاقِلَةُ وَاحِدَةً فَلَحِقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ اشْتَرَكُوا فِي حُكْمِ الجِنَايَةِ قَبْلَ القَضَاءِ وَبَعْدَهُ إِلَّا فِيمَا سَبَقَ أَدَاؤُهُ فَمَنْ أَحْكَمَ هَذَا الأَصْلَ مُتَأَمِّلًا يُمْكِنُهُ التَّخْرِيجُ فِيمَا وَرَدَ عَلَيْهِ مِنَ النَّظَائِرِ وَالأَضْدَادِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

على أهل الديوان، وإن كان ذلك بعد قضاء القاضي على عاقلته بالبادية لا تتحول عنهم.

قوله: وَإِنْ كَانَتِ العَاقِلَةُ وَاحِدَةً فَلَحِقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ اشْتَرَكُوا فِي حُكْمِ الجِنَايَةِ قَبْلَ القَضَاءِ وَبَعْدَهُ، فمن نظيره ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم، وبعد أخذ البعض منهم ضمَّ إليهم أقرب القبائل في النسب حتى يعقلوا معهم لدفع الإجحاف، ولا يشبه تكثير العاقلة بعد القضاء بتحويل الرجل بعطائه من ديوان إلى ديوان؛ لأن العاقلة الأخرى غير الأولى، ولا يجوز ذلك بعد القضاء، وأمَّا هاهُنا فالذين يضمون إلى الأولين يكونون بمنزلة الأتباع للأولين فلا تتبدل العاقلة باعتبارهم.

قوله: إِلَّا فِيمَا سَبَقَ أَدَاؤُهُ، أي: لا اشتراك فيه.

وفي «المبسوط»: وإن قلت العاقلة فكان نصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ضمَّ إليهم أقرب القبائل إليهم في النسب من أهل الديوان، حتى يصيب الرجل في عطائه ما وصَّفنا؛ وهذا لأن في إيجاب الزيادة عليهم إجحافاً بِهم، فللتحرز عن ذلك يُضم إليهم أقرب القبائل إليهم، كما ضممنا العاقلة إلى القاتل للتحرز عن الإجحاف بهم؛ ولأنه متى حزبهم أمرٌ ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بأنفسهم فإنما يستعينون بأقرب القبائل إليهم، فإذا كانوا في بعض الأحوال يستنصرون بِهم عند الحاجة فكذلك يضمون إليهم في تحمل العقل عند الحاجة، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم بالصواب.

(كِتَابُ الوَصَايَا)

كتاب الوصايا

إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة؛ لأن آخر أحوال الآدمي الموت، والوصية معاملة وقت الموت.

وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات؛ لما أن الجناية قد تفضي إلى الموت الذي فيه وقت الوصية.

وذكر بعض محاسن الوصايا في الكتاب بما فيه غنية لأولي الألباب.

ولأن فيها نفع الخلائق بالإيناس، وخير الناس من ينفع الناس؛ وفيها أيضاً اتصال بالأعيان والمنافع للإخوان، واستدراك بخير بعد خيبته من الخلان، على وجه فيه طلب رضاء الرحمن؛ إذ بِها يقوى رجاؤه من الله ثواب رفده، عسى الله أن يأتِي بالفتح أو أمر من عنده.

فيحتاج هاهُنا إلى بيان الوصية لغةً، وشرعاً، وسببها، وشرائطها، وركنها، وحكمها، وبيان صفتها المشروعَة، وبيان ألفاظها المستعملة فيها.

أمَّا اللغة: فالوصيَّة والوصايا بالقصر اسمان في معنى المصدر، منه قوله تعالى: ﴿حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ﴾ [المائدة: ١٠٦]، ثم سمي الموصى به وصية، ومنه قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ﴾ [النساء: ١٢]، والوِصاية: بالكسر مصدر الوصي، وقيل: الإيصاء طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته.

وأمَّا شرعاً: فالوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان

....

ذلك في الأعيان أو في المنافع؛ لما أن التمليك أنواع فلابد لكل نوع من اسم خاص ليميز به عن صاحبه كالبيع، والهبة، والصدقة، والعارية، كل واحدٍ منها تمليك بنوع مخصوص فكذا الوصية.

وذكر في «الإيضاح»: الوصية ما أوجبها الموصي في ماله بعد موته، أو مرضه الذي مات فيه، فأمَّا ما أوجبه بعد الموت فيعتبر من الثلث، سواء كان الإيجاب في حالة المرض أو في حالة الصحة؛ لأن الإيجاب مضاف إلى ما بعد الموت، فيعتبر حال وقوعه ولا يعتبر حال الإضافة.

وأمَّا التبرع فيعتبر حالة العقد فيه فإن كان صحيحاً جاز من جميع المال، وإن كان مريضاً جاز من الثلث؛ لأنه لم يضف إلى حالة مستقبلة وإنما أوجبه للحال فتعتبر حالة الإيجاب، وكل مرض صحَّ منه فهو كحال الصحة فيما أوجبه من جميع المال.

وأمَّا سببها: فإرادة ما ذكرناه من المحاسن والدين في الدنيا والآخرة، فكان سببها عين سبب ما ذكرنا من التبرعات والتطوعات، وهو إرادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا، ووصول الدرجات العالية في العقبى.

وأمَّا شرائطها فكثيرة:

منها: كون الموصى به بعد موت الموصى شيئًا قابلًا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي، سواء كان الموصى به موجودًا في الحال أو معدوماً؛ ولهذا قلنا بأن الوصية بما تثمر نخيله العام أو أبدًا يجوز وإن كان الموصى به معدوماً؛ لأنه يقبل التمليك من غيره حال حياة الموصي بعقد من العقود وهو عقد المعاملة، فلذلك جازت وصيته به؛ وقلنا بأن وصيته بما تلد أغنامُه لا يجوز استحساناً؛ لأنه لا يقبل التمليك حال حياة الموصي بعقد من العقود.

ومنها: كون الموصي أهلًا للتبرع حتى لا يصح من الصبي والعبد والمكاتب في حق المولى.

ومنها: عدم الدين لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢].

....

ومنها: التقدير بثلث التركة حتى أنَّها لا تصح فيما زاد على الثلث.

ومنها: أن يكون الموصى له أجنبيًّا، حتى أن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة.

ومنها: أن لا يكون الموصى له قاتلًا، فلو أجازت الورثة هل يجوز؟ فيجيء بعد هذا.

ومنها: أن يكون الموصى له موجودًا حيًّا وإن لم يكن مولودًا، حتى إذا أوصى للجنين إذا كان موجودًا حيًّا عند الوصية تصح، وإلا فلا، وإنما تعرف حياته في ذلك الوقت إذا وُلد قبل ستة أشهر حيًّا.

وأمَّا ركنها: فقوله: أوصيتُ بكذا لفلان، وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها.

وأمَّا حكم الوصية: ففي حق الموصى له أن يملك الموصى به ملكًا جديدًا كما في الهبة، وفي حق الموصي حكمها إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث.

وأمَّا صفتها: فما هو المذكور في الكتاب **بقوله: الوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ**.

وأمَّا بيان الألفاظ المستعملة فيها: فقد روى ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله: إذا قال الرجل: أشهدوا أنِّي قد أوصيتُ لفلان بألف درهم؛ وأوصيتُ بأن لفلان في مالي ألف درهم، فالألف الأولى وصية والأخرى إقرار.

وفي «الأصل»: إذا قال في وصيته: سدس داري لفلان، فإني أجيز ذلك وتكون وصية، ولو قال: لفلان سدس في داري، فإنه يكون إقرارًا، والفرق أن في الفصل الأول جعل لفلان سدس داره جميعها مضاف إلى نفسه؛ وإنما يكون لفلان سدس دار جميعها مضاف إليه إذا كان قصده إنشاء التمليك، وفي الفصل الثاني جعل دار نفسه ظرفًا للسدس الذي سمَّاه لفلان، وإنما يكون داره ظرفًا لذلك السدس إذا كان ذلك السدس مملوكًا لفلان قبل ذلك فيكون إقرارًا به.

أمَّا لو كان إنشاءً فلا يكون ظرفًا؛ لأن الدار كلها له فلا يكون البعض ظرفًا للبعض، وعلى هذا إذا قال: لفلان ألف درهم من مالي؛ كان وصية استحسانًا إذا كان في ذكر وصية،

بَابٌ فِي صِفَةِ الوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ، وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ، وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ

قَالَ: (الوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ) وَالقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهَا؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ

وإذا قال: في مالي كان إقرارًا.

وقال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا كتب الرجل وصيته بيده ثم قال: اشهدوا عليَّ بما في هذا الكتاب فهو جائز استحسانًا، وإن كتبها غيره وقال هو: اشهدوا عليَّ بما في هذا الكتاب لم يجز، ولو قال مريض بالفارسية: (صد درم از من بخش كنيد)، قال الشيخ الإمام محمد بن الفضل رحمه الله: هي باطلة؛ لأن هذا يكون للأغنياء والفقراء جميعًا، ولو قال: (صد درم از من روان كنيد) كانت الوصية جائزة؛ لأن هذا اللفظ يراد به القربة، هذا كله من «التحفة»، و«الذخيرة» وغيرهما.

قوله: الوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ، وإنما ذكر **قوله**: وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ، بعد **قوله**: غَيْرُ وَاجِبَةٍ؛ لأن الاستحباب لا يستفاد من **قوله**: غَيْرُ وَاجِبَةٍ، كالمباحات، **وبقوله**: غَيْرُ وَاجِبَةٍ، ينفي قول بعض الناس حيث قالوا: الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرضًا.

وعند بعضهم الوصية واجبة على كل واحدٍ ممن له ثَرْوَةٌ ويَسارٌ؛ واستدلوا بظاهر قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، والمكتوب علينا يكون فرضًا، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عند رأسه».

وحجتنا في ذلك أن الوصية مشروعة لنا لا علينا، قال عليه الصلاة والسلام: «إنَّ

مُضَافٌ إِلَى حَالِ زَوَالِ مَالِكِيَّتِهِ، وَلَوْ أُضِيفَ إِلَى حَالِ قِيَامِهَا بِأَنْ قِيلَ مَلَّكْتُكَ غَدًا كَانَ بَاطِلًا فَهَذَا أَوْلَى، إلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إلَيْهَا، فَإِنَّ الإِنْسَانَ مَغْرُورٌ بِأَمَلِهِ مُقَصِّرٌ فِي عَمَلِهِ، فَإِذَا عَرَضَ لَهُ المَرَضُ وَخَافَ البَيَانَ يَحْتَاجُ إِلَى تَلَافِي بَعْضِ مَا فَرَّطَ مِنْهُ مِنَ التَّفْرِيطِ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهٍ لَوْ مَضَى فِيهِ يَتَحَقَّقُ مَقْصِدُهُ المَآلِيُّ، وَلَوْ أَنْهَضَهُ البُرْءُ يَصْرِفُهُ إِلَى مَطْلَبِهِ الحَالِيِّ، وَفِي شَرْعِ الوَصِيَّةِ ذَلِكَ فَشَرَعْنَاهُ،

اللهَ تَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ فَضَعُوهُ حَيْثُ شِئْتُمْ»، والمشروع لنا ما لا يكون فرضًا ولا واجبًا علينا، بل يكون مندوبًا إليه بمنزلة النوافل من العبادات.

ثم التبرع بعد الوفاة معتبر بالتبرع في حالة الحياة، وذلك إحسان مندوب إليه فكذلك التبرع بالوصية بعد الموت، وأمَّا الآية فقد اتفق أكثر أهل التفسير على أن ذلك كان في الابتداء قبل نزول آية المواريث ثم انتسخ وتكلموا في ناسخه، وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول: إنما انتسخ بقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، فإنه نصَّ على المواريث بعد وصية منكرة؛ فلو كانت الوصية للوالدين والأقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية لذكر الإرث بعد ذكر الوصية المعروفة؛ لأن تلك وصية معهودة.

وأكثر مشايخنا يقولون: إنما انتسخ هذا الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث»، وهذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول والعمل به، فكان كالمسموع من رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم.

وأمَّا الحديث الذي رووه فهو شاذ فيما يعم به البلوى، والوجوب لا يثبت بمثله، ثم هو محمول على ما كان في الابتداء قبل نزول آية المواريث، أو المراد أن ذلك لا يليق بطريق الاحتياط والأخذ بمكارم الأخلاق، كقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره طاوٍ إلى جنبه»، والمراد ما بينا، كذا في «المبسوط».

واستدل في «الكشاف» على وجوب الوصية بوجه آخر في قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ

وَمِثْلُهُ فِي الإِجَارَةِ بَيَّنَّاهُ، وَقَدْ تَبْقَى المَالِكِيَّةُ بَعْدَ المَوْتِ بِاعْتِبَارِ الحَاجَةِ كَمَا فِي قَدْرِ التَّجْهِيزِ وَالدَّيْنِ، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ الكِتَابُ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢] وَالسُّنَّةُ وَهُوَ قَوْلُ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ اللهَ تَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ تَضَعُونَهَا حَيْثُ شِئْتُمْ» أَوْ قَالَ «حَيْثُ أَحْبَبْتُمْ» وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الأُمَّةِ.

ثُمَّ تَصِحُّ لِلْأَجْنَبِيِّ فِي الثُّلُثِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةِ الوَرَثَةِ لِمَا رَوَيْنَا، وَسَنُبَيِّنُ مَا هُوَ الأَفْضَلُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ) لِقَوْلِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ

ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ﴾ [المائدة: ١٠٦]، فقال: (وإذا حضر) ظرف للشهادة، و(حين الوصية) بدل منه، وفي إبداله منه دليل على وجوب الوصية[(١)]، وأنّها من الأمور اللازمة التي ما ينبغي أن يتهاون بها المسلم ويذهل عنها، يعني: أن حضور الموت من الأمور الكائنة التي لا مجال لدفعها فيثبت بدون الاختيار، ثم لو قلنا في حق الوصية كذلك لارتفع التكليف فينتقل إلى الوصف الذي هو حامل على الوجود وهو الوجوب، كما أن موجب الأمر الإيجاب؛ لأنه داع إلى الوجود.

وقوله: وَمِثْلُهُ فِي الإِجَارَةِ، أي: عقدٌ أضافه إلى زمان في المستقبل، وبهذا يثبت شرعيتها وإن كان القياس يأبى جوازها كما في الإجارة.

قوله: وَلَا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ذكر في «المبسوط» سعد بن مالك مكان سعد بن أبي

---

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): لأن في ذكر البدل تقرير لمعنى المبدل منه، وهذا يدل على التأكيد فيفهم منه الوجوب.

سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» بَعْدَ مَا نَفَى وَصِيَّتَهُ بِالكُلِّ وَالنِّصْفِ، وَلِأَنَّهُ حَقُّ الوَرَثَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ انْعَقَدَ سَبَبُ الزَّوَالِ إِلَيْهِمْ وَهُوَ اسْتِغْنَاؤُهُ عَنِ المَالِ فَأَوْجَبَ تَعَلُّقَ حَقِّهِمْ بِهِ، إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يُظْهِرْهُ فِي حَقِّ الأَجَانِبِ بِقَدْرِ الثُّلُثِ لِيَتَدَارَكَ مَصِيرَهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَظْهَرَهُ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَيْهِمْ تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّفِقُ مِنَ الإِيثَارِ،

وقاص فقال: والدليل على أن محل الوصية النافذة شرعًا ثلث المال ما رواه من حديث سعد بن مالك: «أنه قال: يا رسول الله، أوصي بمالي كله، فقال: لا، قال: فبنصفه، قال: لا، قال: فبثلثه، فقال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس»، وفي رواية: يتكفكفون.

فإن قيل: إن في هذا الحديث دليل على أن الغني أفضل من الفقير، أي: الغني الشاكر أفضل من الفقير الصابر؛ لأن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قدم صفة الغني لورثة سعد بن مالك فقال: إنك إن تدع عيالك أغنياء خير.

قلنا: قدم صفة الغنى لهم واختار الفقر لنفسه، والأفضل ما اختاره رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم لنفسه، ثم في الحديث إنما قدم الغني على الفقير الذي يسأل كما قال: «من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس» أي: يُلحفون في السؤال، ونحن إنما نقدم الفقير الصابر دون الذي يسأل كما وصفهم بقوله تعالى: ﴿يَحْسَبُهُمُ ٱلْجَاهِلُ أَغْنِيَآءَ مِنَ ٱلتَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُم بِسِيمَٰهُمْ لَا يَسْـَٔلُونَ ٱلنَّاسَ إِلْحَافًا﴾ [البقرة: ٢٧٣]؛ وهذا لأن الفقر مع الصبر أسلم للمرءِ وأزين للمؤمن، قال عليه الصلاة والسلام: «الفقر أزين للمؤمن من العذار الجيد على خدِّ الفرس»، وأمَّا الغِنَى سبب للطغيان والفتنة قال الله تعالى: ﴿كَلَّآ إِنَّ ٱلْإِنسَٰنَ لَيَطْغَىٰٓ ۞ أَن رَّءَاهُ ٱسْتَغْنَىٰٓ ۞﴾ [العلق: ٦-٧]، كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يُظْهِرْهُ، أي: استغناه، وأظهره: أي: استغناه في القليل والكثير.

قوله: تَحَرُّزًا - أي: أظهره تحرزًا - عَمَّا يَتَّفِقُ مِنَ الإِيثَارِ، أي: تحرزًا عما يوجد من تأذي

عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ، وَقَدْ جَاءَ فِي الحَدِيثِ «الحَيْفُ فِي الوَصِيَّةِ مِنْ أَكْبَرِ الكَبَائِرِ» وَفَسَّرُوهُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ وَبِالوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الوَرَثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَهُمْ كِبَارٌ)؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَهُمْ أَسْقَطُوهُ (وَلَا مُعْتَبَرَ بِإِجَازَتِهِمْ فِي حَالِ حَيَاتِهِ)؛ لِأَنَّهَا قَبْلَ ثُبُوتِ الحَقِّ إِذِ الحَقُّ يَثْبُتُ عِنْدَ المَوْتِ فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ المَوْتِ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ ثُبُوتِ الحَقِّ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا عَنْهُ؛ لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ.

البعض، وقطيعة الرحم بحسب اتفاق الحال بسبب إيثار البعض على البعض.

قوله: عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ، وهو قوله بعد مقدار صفحة: وَلِأَنَّهُ يَتَأَذَّى البَعْضُ بِإِيثَارِ البَعْضِ.

قوله: وَقَدْ جَاءَ فِي الحَدِيثِ: الحَيْفُ، مرويٌّ بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم، وروي الجَنَف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل؛ ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا﴾ [البقرة: ١٨٢].

قوله: فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ، أي: فكان للورثة أن يردوا ما أجازوه حال حياة الموصي من الوصية الزائدة على الثلث بعد موت الموصي.

قوله: بِخِلَافِ مَا بَعْدَ المَوْتِ، يعني: لو أجازت الورثة الوصية الزائدة على الثلث بعد موت الموصي ثم أرادوا ردَّ ما أجازوه ليس لهم ذلك؛ لأنَّهم أجازوا بعد ثبوت الحق لهم فصادفت الإجازة محلها، فلا يرد بعد ما وقعت في محلها.

وقوله: لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ؛ في وصل شيخي رحمه الله كان هو موصولًا **بقوله:** فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوا ما أجازوه في حال حياة مورثهم؛ لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها، وكلُّ ساقط في نفسه مضمحل ومتلاشٍ؛ فلذلك كان لهم أن يردوا بعد موت المورث ما أجازوه في حال حياة المورث.

غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهُ يُسْتَنَد عِنْدَ الإِجَازَةِ، لَكِنَّ الِاسْتِنَادَ يَظْهَرُ فِي حَقِّ القَائِمِ وَهَذَا قَدْ مَضَى وَتَلَاشَى؛ وَلِأَنَّ الحَقِيقَةَ تَثْبُتُ عِنْدَ المَوْتِ وَقَبْلَهُ يَثْبُتُ مُجَرَّدُ الحَقِّ،

ثم قال: غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهُ يُسْتَنَد عِنْدَ الإِجَازَةِ، جواباً لشبهة ترد على ذلك التقدير بأن يقال: كيف تكون تلك الإجازة ساقطة في نفسها مع أن حق الورثة قد ثبت بمال المورث من أول المرض لكن على سبيل التوقف، ألا ترى أن ذلك التعلق أثر في حق تصرف المورث في ماله، حتى لم يصح تصرفه في الثلثين لكن ذلك على سبيل التوقف، فلمَّا ماتَ ظهر أن الإجازة صادفت محلها فصار إجازتهم وقت حياة المورث بمنزلة إجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد عنه، ولو أجازوا بعد موت المورث لم يكن لهم الرد بعد ذلك، فكذلك لو أجازوا قبل موته.

فأجاب عنه وقال: الاستناد إنما يظهر في حق القائم فإجازتهم حين وقعت في حال حياة المورث وقعت باطلةً ولغوًا؛ وما وقع لغوًا لا يكون قائماً في نفسه فلا يظهر في حقه الاستناد، إلى هذا التقرير أشار فخر الإسلام رحمه الله في «المبسوط» وقال:

قال ابن أبي ليلى: ليس لهم أن يرجعوا في الوجهين جميعاً؛ لأن حقهم قد ثبت في مرض الموت، فإذا مات ظهر أنَّهم أسقطوا حقهم بعد موته فصح، وقلنا: حقهم يثبت عند الموت ويستند إلى أول المرض، لكن الاستناد يعمل في القائم وتصرفهم حين وقع إجازة وقع لغوًا؛ لأنه لا حق لهم حقيقةً حينئذٍ فلا يثبت له حكم الإجازة وهو منتقض.

وقوله: لَكِنَّ الِاسْتِنَادَ يَظْهَرُ فِي حَقِّ القَائِمِ، كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة، وكثبوت الملك في الغصب حين أدَّى ضمانه فيثبت الملك فيها مستندًا إلى أول العقد والغصب، وأمَّا هاهُنا قد مضت الإجازة وتلاشت حين وقعت فلا يلحقها الاستناد.

فإن قلتَ: لا شك أن حق الورثة قد تعلق بمال المورث من أول المرض، حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث من الكل إلى الثلث، فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاط حقهم بالإجازة أيضاً، وهو أن لا يكون حال الوارث هاهُنا أدنى درجة من حال الوارث إذا عفى جارح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح.

فَلَوِ اسْتَنَدَ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ يَنْقَلِبُ حَقِيقَةً قَبْلَهُ، وَالرِّضَا بِبُطْلَانِ الحَقِّ لا يَكُونُ رِضًا بِبُطْلَانِ الحَقِيقَةِ وَكَذَا إِنْ كَانَتِ الوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَأَجَازَهُ البَقِيَّةُ فَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

وكذلك لو أجاز المرتَهن بيع الراهن الرهن يصح مع أن العفو والإجازة فيهما قبل الملك أيضـًا؛ لكن ثبتَ فيهما نوع تعلق بما تصرفا فصح لذلك، فكذا هاهُنا؛ وهذا لأن حق الوارث إنما يثبت في ماله بالموت ولكن سبب موته المرض، وكما أقيم هذا السبب مقام حقيقة الموت في منع المورث من التصرف المبطل في حق الوارث فكذلك يقام مقامه في صحة إسقاط الحق من الوارث بالإجازة.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز، ونفس المرض ليس بسبب لتعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت، ومرض الموت ما يتصل به الموت وهنا الاتصال موهوم، فكان هذا إسقاطـًا للحق قبل تقرر السبب؛ وهذا لأن عمل الإجازة في العقد الموقوف في إزالة الملك، وإزالة الملك إنما تصح من المالك إمَّا حقيقةً أو حكمـًا، والوارث قبل موت المورث ليس بمالك لا حقيقةً وهو ظاهر؛ لأن الورثة لا يملكون التركة قبل موت المورث، حتى لو أعتق الوارث عبدًا من التركة قبل موت المورث لا ينفذ عتقه، ولا حكمـًا أيضـًا؛ لأن سبب ملك الورثة في تركة المورث موت المورث؛ لأنَّهم يملكون التركة من وقت الموت لا من وقت المرض، ألا ترى أن ما حدث من الزوائد قبل الموت بعد المرض يحدث على ملك المورث، بخلاف إجازة المرتَهن؛ لأن الإجازة هناك وجدت بعد سبب الملك للمرتَهن في المرهون؛ لأن قبض المرتَهن المرهون سبب لثبوت الملك له في المرهون، حتى يجعل مستوفيـًا له من وقت القبض لا من وقت الهلاك.

وكذلك عفو الورثة عن جارح أبيهم يصح لوجوده بعد وجود سبب القتل، فصار كأن العفو وجد بعد القتل، ألا ترى أن الجارح لو كفر بعد الجرح قبل موت المجروح ثم مات المجروح صح التكفير؛ لأن القتل يستند إلى وقت الجرح، وأمَّا هاهُنا إذا مات المورث من المرض فالموت لا يستند إلى حالة المرض، حتى أن الورثة لا يملكون التركة من وقت المرض، وإذا لم يستند الموت إلى حالة المرض كانت الإجازة من الورثة حاصلةً قبل السبب فلا يجوز، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الذخيرة».

(وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ يَتَمَلَّكُهُ المُجَازُ لَهُ مِنْ قِبَلِ المُوصِي) عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مِنْ قِبَلِ الوَارِثِ، وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا؛ لِأَنَّ السَّبَبَ صَدَرَ مِنَ المُوصِي،

وذكر في «الإيضاح»: ولا عبرة بإجازتهم ولا بردِّهم في حال حياة الموصي، وإنما يعتبر ذلك بعد الوفاة؛ لأن حق الورثة وإن كان ثابتاً في حال المرض ولكن أثر هذا الحق لا يظهر في المال، ألا ترى أن الوارث لو زنى بجارية المورث في مرض موته وجب الحدُّ؛ وهذا لأن الوراثة سبب للخلافة بعد الموت والملك موقوف على ما بعده، فإذا أجاز قبل ثبوت الملك لم يصح.

قوله: وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ يَتَمَلَّكُهُ المُجَازُ لَهُ مِنْ قِبَلِ المُوصِي عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مِنْ قِبَلِ الوَارِثِ، وثمرة هذا الاختلاف تظهر في مسائل حتى صحت هذه الإجازة عندنا في مشاع يحتمل القسمة ويصير ملكاً للموصى له قبل التسليم، ويجبر الوارث على التسليم بعد الإجازة، ولو كان يتملكه من جهة الوارث لكانت هذه الأحكام على عكسها، وعند الشافعي رحمه الله تنفذ هبةً من الوارث حتى أنه إن سلم إليه يصح، وإن لم يسلم إليه بطلت فلا يجبر عليه، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال ملكاً للوارث؛ لأن الميراث يثبت بغير قبول الوارث ولا يرتد بالرد، فإجازته تكون إخراجاً للمال عن ملكه بغير عوض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض.

ولكنا نقول: تصرف الموصي صادف ملكه وامتنع نفوذه لقيام حق الغير فيه، فإجازة من له الحق تكون إسقاطاً لحقه، ثم ينفذ التصرف على الوجه الذي باشره المتصرف كالراهن يبيع المرهون فيجيزه المرتَهن، والمواجر يبيع المستأجر فيجيزه المستأجر.

والجوابُ عما قال إن الوارث إنما يملك التركة بشرط الفراغ عن تصرف الموصي وحاجته، وهنا الفراغ إنما يحصل برد الوصية، فأمَّا بالإجازة يتحقق الشغل فيتبيَّن أنه لم يملكه الوارث، وإنما يملكه الموصى له من جهة الموصي بإيجابه له الوصية، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ السَّبَبَ صَدَرَ مِنَ المُوصِي، إلى آخره.

وَالإِجَازَةُ رَفْعُ المَانِعِ وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ القَبْضُ فَصَارَ كَالمُرْتَهَنِ إِذَا أَجَازَ بَيْعَ الرَّاهِنِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلْقَاتِلِ عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مُبَاشِرًا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ»؛ وَلِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخَّرَهُ اللهُ تَعَالَى فَيَحْرُمُ الوَصِيَّةُ كَمَا يَحْرُمُ المِيرَاثُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ لِلْقَاتِلِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا

فإن قيل: لو أجاز الوارث في مرضه كان ذلك من ثلث ماله، فدل ذلك على أنه تمليك من جهة الوارث.

قلنا: الوارث وإن لم يملك فقد أسقط حقه عن المال بفعله، وإسقاط الحقوق عن الأموال إنما يكون من الثلث وإن لم يكن تمليكـًا كالعتق، وكذا لو ابتاع ما يساوي عشرة بدرهم ثم ردَّه بالعيب في مرضه كان من الثلث وإن لم يكن تمليكـًا كما في العتق، فكذا هذا، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: وَلِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخَّرَهُ اللهُ تَعَالَى فَيَحْرُمُ الوَصِيَّةُ، فَيَحْرُمُ: على بناء المفعول مع نصب لفظ الوَصِيَّةَ، على أنه مفعول ثان للحرمان، وكذلك في **قوله: كَمَا يَحْرُمُ المِيرَاثُ**.

فإن قلتَ: في مجموع هذا الكلام شبهتان:

إحداهما: في **قوله: وَلِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخَّرَهُ اللهُ تَعَالَى فَيَحْرُمُ الوَصِيَّةُ**، وهذا التعليل إنَّما يصح أن لو كان الجرح بعد الوصية، وعندنا لا يتفاوت بين أن يكون الجرح مقدمـًا على الوصية أو مؤخرًا عنها فإنه يحرم عن الوصية، وهذا التعليل لا يصح فيما إذا كانت الوصية بعد الجرح؛ لأنه لم يوجد من الموصى له بعد الوصية فعل يوجب الاستعجال.

والثانية: في منع القياس على الميراث؛ فإنه لو بطل الإرث لمعنى لا يلزم منه بطلان الوصية أيضـًا بالقياس عليه كالرق واختلاف الدين، فإنَّهما ينفيان الإرث ولا ينفيان الوصية.

قلتُ: الشبهة الأولى ما تشبَّث به الشافعي رحمه الله في قوله بالفرق بين تقديم الجرح

أَوْصَى لِرَجُلٍ ثُمَّ إِنَّهُ قَتَلَ المُوصِيَ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ لا تَبْطُلُ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ فِي الفَصْلَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ أَجَازَتْهَا الوَرَثَةُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ

على الوصية وتأخيره عنها فقال: إن أوصى قبل الجراحة بطلت الوصية، وإن أوصى بعد الجرح صحت الوصية لهذا المعنى.

وإنا نقول: قال النبي عليه الصلاة والسلام : «لا وصية لقاتل»، وهو بعمومه يتناول القاتل مقدمًا جرحه على الوصية أو مؤخرًا عنها؛ ولأن بطلان الوصية للقاتل لمغايظة الورثة، فإنَّهم يغيظهم أن يقاسمهم قاتل أبيهم تركة أبيهم بسبب الوصية، وفي هذا المعنى لا فرق بين أن تتقدم الوصية على الجرح أو تتأخر عنه، وبه فارق الرق والكفر فإن الحرمان بهما لانعدام الأهلية للولاية، لا لدفع المغايظة عن الورثة.

وعن هذا خرج الجواب عن الشبهة الثانية أيضًا وهي ما تشبَّث به مالك رحمه الله، حيث قال بصحة الوصية للقاتل سواء أوصى له قبل الجرح أو بعده، فقال: لا يصح أن تقاس الوصية على الإرث، فكم من موضع لا يثبت الإرث وتثبت الوصية كما في الكفر والرق.

وقلنا عدم صحة الإرث بالكفر والرق لعدم الأهلية للإرث الذي ينبىء عن الولاية، وليس لهما الولاية على الغير فلا يثبت الإرث، وأمَّا في الوصية فكونه موصى له لا ينبئ عن الولاية فلا يمنع الوصية في غير صورة القتل كما لا يمنع سائر العقود، ولكن عدم جواز الوصية للقاتل للمعنى الذي ذكرنا، وهو مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم تركة أبيهم بسبب الوصية وهو موجودٌ في الإرث أيضًا؛ لأن بطلان الإرث للوارث القاتل لدفع المغايظة عن سائر الورثة، فلمَّا استوى الإرث والوصية في هذا المعنى جاز قياس أحدهما على الآخر.

ولأن القاتل إنما يحرم الإرث؛ لأن القتل بغير حق جعل في حق القاتل غير موت؛ لأن الموت اسم لما تنتهي إليه مدة الحياة، ولا يجب إذا تحقق على أحد ضمان، فلمَّا لزمه الضمان في القتل بغير حق جعل كأنه لا موت، وإذا انعدم الموت في حقه لم يرثه الوارث القاتل، فلا يستحق الموصى له القاتل الوصية؛ لأن المال في الإرث والوصية لا يستحق بدون الموت، وفي هذا أيضًا لا يتفاوتان.

أَبُو يُوسُفَ: لا تَجُوزُ)؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ بَاقِيَةٌ وَالِامْتِنَاعُ لِأَجْلِهَا. وَلَهُمَا أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّ الوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ نَفْعَ بُطْلَانِهَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ كَنَفْعِ بُطْلَانِ المِيرَاثِ؛ وَلِأَنَّهُمْ لا يَرْضَوْنَهَا لِلْقَاتِلِ كَمَا لا يَرْضَوْنَهَا لِأَحَدِهِمْ.

وأمَّا ما ذكره من التعليل في الكتاب بقوله: وَلِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخَّرَهُ اللهُ تَعَالَى، فيجعل الجارح مستعجلًا وإن تقدم جرحه على الوصية؛ لأنه ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: إنما يعتبر كون الموصى له قاتلًا أو غير قاتل لجواز الوصية أو فسادها يوم الموت لا يوم الوصية؛ فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخرًا عن الوصية.

فإن قلتَ: يشكل هذا بالمدبر فإنه إذا قتل سيده يعتق، مع أن التدبير وصية ولا وصية للقاتل، فينبغي أن لا يستحق الموصى له وهو المدبر الموصى به وهو العتق؛ لأنه قاتل عمدًا لعموم الحديث: «لا وصية لقاتل».

قلتُ: إنما يعتق المدبر؛ لأن الموت جعل شرط عتقه، ومن حيث أنه شرط عتق لا ينعدم بالقتل؛ لأن القتل بغير حق يجوز أن يكون شرط عتق فكذلك سائر المعاصي، ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته؛ لأنه تعذر رد العتق فيكون الرد بإيجاب السعاية، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: لِأَنَّ نَفْعَ بُطْلَانِهَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ كَنَفْعِ بُطْلَانِ المِيرَاثِ، وهذا التشبيه غير صحيح في تعليل قولهما؛ لأن تعليل مذهبهما إنما يتم بذكر الفرق بين الوصية والميراث لا بالتشبيه، ثم يحتمل أنه جمع بينهما بطريق التشبيه من حيث مجرد النفع العائد إليهم عند بطلانها لا غير، ولم يجمع بينهما في أن الوصية لو لحقتها الإجازة تصح، وفي الميراث لا تصح، وإنما افترقا من هذا الوجه؛ لأن إجازة العبد ورده إنما تعمل فيما كان من جهة العبد، والوصية تمليك من جهة العبد فجاز أن تعمل الإجازة فيها، ولا كذلك الميراث؛ لأن الميراث من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا تعمل فيه إجازة العبد لذلك.

فإن قلتَ: القاتل حاربَ حقيقةً مع الميت حتى قتل، ولا تجوز الوصية للمحارب

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ لِوَارِثِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ اللهَ تَعَالَى أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلَا لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»؛ وَلِأَنَّهُ يَتَأَذَّى الْبَعْضُ بِإِيثَارِ الْبَعْضِ فَفِي

حكماً كما لو أوصى لحربي لم تجز الوصية، فإن أجازت الورثة لكونه محارباً حكماً فلأن لا تجوز الإجازة هنا أَوْلَى؛ لأنه محارب حقيقةً؛ وهذا لأن الحرمان كان بطريق العقوبة حقًّا للشرع، حتى أن القاتل لو كان صبيًّا لم يحرم شيئاً فلا يتغير ذلك بوجود الرضاء من الورثة.

قلتُ: إن الوصية للقاتل أقرب إلى الجواز عند الإجازة من الوصية للوارث؛ لأن العلماء اتفقوا على أن لا وصية للوارث، واختلفوا في جواز الوصية للقاتل، فإن عند مالك يجوز سواء قدم الوصية على الجرح أو أخَّر الوصية عنه، ثم بإجازة الورثة تنفذ الوصية للوارث فكذلك للقاتل، بخلاف ميراث القاتل، فإن ثبوت الملك بالميراث بطريق الحكم بغير اختيار العبد، حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد، والإجازةُ إنما تعمل فيما يعتمد القبول والرد، وبخلاف الوصية للحربي؛ لأن بطلانها لانعدام الأهلية في جانب الموصى له؛ فإن الحربي كالميت في حق أهل الإسلام، والميت لا يكون أهلًا للوصية له، ولا تأثير للإجازة في إثبات الأهلية لمن ليس بأهل.

وأمَّا قوله: إن حرمانه كان بطريق العقوبة، فقلنا: لا نسلم ما كان ذلك بطريق العقوبة عليه، ألا ترى أنه يستوي فيه الخاطئ والعامد وإن كان الخاطئ لا يستحق العقوبة، وإنما حرمانه دفعاً للغيظ عن الورثة حتى لا يشاركهم في مال أبيهم من سعى إلى قتل أبيهم، وهذا ينعدم بإجازة الورثة.

وأمَّا الصبي فهو بمعزل عن الغيظ لقصور عقله فلا يغيظ فعله الورثة مثل غيظ البالغ إياهم، فلذلك لم يثبت في حقه ما ثبت في حق البالغين من الحرمان، هذا ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الذخيرة».

فحاصل الوصايا تنقسم على أربعة أوجه:

(١) منها: ما يجوز أجازت الورثة أو لم تجز، وهي الوصية لأجنبي بثلث ماله، أو بكل ماله، ولا وارث له.

تَجْوِيزِهِ قَطِيعَةُ الرَّحِمِ؛ وَلِأَنَّهُ حَيْفٌ بِالحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ وَقْتَ المَوْتِ لا وَقْتَ الوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ، وَحُكْمُهُ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ. وَالهِبَةُ مِنَ المَرِيضِ لِلْوَارِثِ فِي هَذَا نَظِيرُ الوَصِيَّةِ)؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ حُكْمًا حَتَّى تَنْفُذَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِقْرَارُ المَرِيضِ لِلْوَارِثِ عَلَى عَكْسِهِ؛ لِأَنَّهُ

(٢) ومنها: ما لا يجوز وإن أجازت الورثة، وهي الوصية للحربي، بخلاف المستأمن، والذمي، حيث تجوز لهما الوصية استحساناً.

(٣) ومنها: ما يجوز إن أجازت الورثة وإلا فلا، وهي ما لو أوصى بأكثر من ثلث ماله لأجنبي، أو أوصى لواحدٍ من الورثة، فإنه لا يجوز إلا بإجازة الورثة وهم أصحَّاء بالغون.

(٤) ومنها: ما يكون مختلفاً فيه، وهي الوصية للقاتل، فإن أجازت الورثة عندهما يجوز، وعند أبي يوسف لايجوز وإن أجازت الورثة، ذكره في «الخلاصة».

قوله: وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ وَقْتَ المَوْتِ، حتى لو أوصى لأخيه ولا ابن له ثم ولد له ابن تصح وصيته لأخيه، بخلاف ما لو أوصى لأخيه وله ابن ثم ماتَ ابنه تبطل الوصية.

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: ولو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثـاً؛ لأنَّهم لا يرثون مع الابن، فإن كان له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب وللأخ لأم، وتبطل الوصية للأخ لأب وأم؛ لأنه يرث مع البنت، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للأخ لأب؛ لأنه لا يرثه وتبطل الوصية للأخ لأب وأم، وللأخ لأم؛ لأنَّهما يرثانه.

قوله: وَإِقْرَارُ المَرِيضِ لِلْوَارِثِ عَلَى عَكْسِهِ، أي: على عكس الوصية بتأويل الإيصاء، أي: يعتبر في الإقرار وقت الإقرار لا وقت الموت، وهذا الذي ذكره ليس بمجرى على إطلاقه، فإن في إقرار المريض للوارث إنما لا يعتبر وقت الموت في كونه وارثـاً إذا كان كونه وارثـاً بسبب حادث، وأمَّا إذا كان كونه وارثـاً بسبب كان وقت الإقرار يعتبر كونه وارثـاً وقت الموت أيضـاً، كما في الوصية في حق منع صحة الإقرار.

تَصَرُّفٌ فِي الحَالِ فَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ وَقْتَ الإِقْرَارِ.

بيان ذلك هو أن مريضاً لو أقرَّ لابنه بدين وابنه عبد، ثم أعتق ثم مات الأبُ وهو من ورثته فإقراره بالدين جائز؛ لأن كسب العبد لمولاه، فهذا الإقرار حصل من المريض في المعنى للمولى والمولى أجنبيٌّ منه، فبأن صار العبد من ورثته لا يبطل ذلك الإقرار؛ لأن هذا حكم يثبت بسبب حادث وهو الإعتاق وبه لا يبطل الإقرار له، بخلاف من ورث بسبب قائم وقت الإقرار، وهو أن يقر لأخيه وله ابن ثم ماتَ الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره له عندنا.

وقال زفر رحمه الله: إقراره صحيح؛ لأن الإقرار يوجب الحق بنفسه فإنما ينظر إلى حالة الإقرار، وقد حصل لمن ليس بوارثٍ فلا يبطل بصيرورته وارثاً بعد ذلك، كما لو أقرَّ لأجنبية ثم تزوجها، وبهذا فارق الهبة والوصية؛ لأنه مضاف إلى ما بعد الموت حقيقةً أو حكماً، ألا ترى أنه لو وهب لأجنبية ثم تزوجها ثم مات لم تصح الهبة، وينظر فيه إلى وقت الموت لا إلى وقت الهبة، بخلاف الإقرار.

ولنا أنه وارث بسبب كان قائماً وقت الإقرار، فيتبيَّن أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل؛ وهذا لأن الحكم مضاف إلى سببه، فإذا كان السبب قائماً وقت الإقرار تثبت صفة الوراثة للمقر له من ذلك الوقت، بخلاف الأجنبية إذا تزوجها؛ لأنَّها صارت وارثة بسبب حادث بعد الإقرار، والحكم لا يسبق سببه فلا يتبيَّن أن الإقرار حين حصل كان للوارث، فأمَّا الهبة والوصية فكالمضاف إلى ما بعد الموت، فإذا صار من ورثته بسبب حادث كان المانع قائماً وقت لزومه، فلهذا لا يصح.

واستوى في حق الهبة والوصية السبب الحادث بعد الإقرار، والسبب القائم وقت الإقرار في المنع عن جواز الإقرار، هكذا ذكر في باب الإقرار للوارث، وفي باب إقرار المريض بقبض الدين من إقرار «المبسوط»، والذي يؤيد ما ذكرنا في لفظ الكتاب: وَإِقْرَارُ المَرِيضِ لِلْوَارِثِ عَلَى عَكْسِهِ، أي: يعتبر في الإقرار وقت الإقرار لا وقت الموت.

المراد منه ما إذا تجدد كونه وارثاً وقت الموت بسبب حادث بعد الإقرار، لا بسبب

قَالَ: (إِلَّا أَنْ تُجِيزَهَا الوَرَثَةُ) وَيُرْوَى هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وَلِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ فَتَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمْ؛ وَلَوْ أَجَازَ بَعْضٌ وَرَدَّ بَعْضٌ تَجُوزُ عَلَى المُجِيزِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهِ وَبَطَلَ فِي حَقِّ الرَّادِّ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ المُسْلِمُ لِلْكَافِرِ وَالكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ) فَالأُولَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى:

قائم وقت الإقرار، ما ذكره في وصايا «المبسوط» بهذا التفصيل وقال: ولو أوصى له بشيء وهو وارث يوم أوصى ثم صار غير وارثٍ، أو كان غير وارثٍ يوم أوصى ثم صار وارثاً ومات الموصي، إنما ينظر إلى يوم يموت الموصي، إن كان الموصى له وارثه لم تجز الوصية، وإن لم يكن جازت؛ لأن الوصية عقد مضاف إلى ما بعد الموت، وإنما يتحقق الوجوب له عند الموت، إلى أن قال: وقد بيَّنا الفرق بين هذا وبين الإقرار، أن هناك إن صار وارثاً بسبب تجدد بعد الإقرار كان الإقرار صحيحاً، وإن ورث بسبب كان قائماً وقت الإقرار لم يصح الإقرار.

قوله: وَيُرْوَى هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وهو قوله: «أَلَا لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ».

قوله: وَلِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ فَتَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمْ؛ فإن قلتَ: لو كان الامتناع لحقهم لكان ينبغي أن يجوز فيما دون الثلثين، أجازوا أو لم يجيزوا كما في الوصية للأجنبي؛ لأنه لا حق لهم في الثلث على ما مرَّ.

قلتُ: معنى قوله: لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ، أي: الامتناع لتأذيهم، أي: قلنا بالامتناع لمراعاة حقهم لكيلا يتأذوا بإيثار البعض على البعض، فإذا رضوا انعدم التأذي فيجوز؛ ولأن جواز الوصية في أصله مخالف للقياس؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى حال زوال المالكية، إلا أنا جو زناه بالاستحسان لحاجة الميت إليه ليتدارك بعض ما فرط فيما يجب عليه من العبادات، ولا حاجة إلى الوصية للورثة؛ لأن التركة حقهم سواء أوصى بها لهم أو لم يوص، وتولى الله تعالى بيان حقوقهم بحدودها.

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ المُسْلِمُ لِلْكَافِرِ وَالكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ، إلى آخره، هذا لبيان الفرق بين الوصية والميراث، فإن الإرث لا يجري مع اختلاف الدين؛ لأن الإرث طريقه طريق

﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٨] الآيَةَ.

وَالثَّانِي لِأَنَّهُمْ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ سَاوَوُا الْمُسْلِمِينَ فِي الْمُعَامَلَاتِ وَلِهَذَا جَازَ التَّبَرُّعُ مِنَ الجَانِبَيْنِ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ فَكَذَا بَعْدَ المَمَاتِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: الوَصِيَّةُ لِأَهْلِ الحَرْبِ بَاطِلَةٌ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩] الآيَةَ.

الولاية والخلافة، على معنى أنه يبقى للوارث المال الذي كان للمورث، واختلاف الدين يقطع الولاية، فأمَّا الوصية فتمليك بعقد مبتدأ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يصير مغرورًا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث، كذا في «المبسوط».

قوله: الوَصِيَّةُ لِأَهْلِ الحَرْبِ بَاطِلَةٌ، وذكر في «السير الكبير» ما يدل على جواز الوصية لهم، ووجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي له أن يفعل، وإن فعل ثبت الملك لهم؛ لأنَّهم من أهل الملك، أمَّا لو أوصى الحربي بعدما دخل دارنا بأمان فيجوز؛ لأن له ولاية تمليك المال في حياته فكذا بعد وفاته.

ثم لا فرق في حق الحربي بين وصيته بالثلث أو بجميع المال؛ لأن المسلم إنما منع من الوصية بما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين، فإن حقهم معصوم عن الإبطال، بخلاف ورثة الحربي؛ لأن حقهم غير معصوم، ولهذا المعنى يجوز تمليك أموالهم وأنفسهم، فلذلك لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع، كذا في شروح «الجامع الصغير».

قوله: وَقَبُولُ الوَصِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ، اعلم أن قبول الموصى له الوصية ليس بشرطٍ لصحة الوصية، وإنما هو شرط إفادة الملك للموصى له حتى لا يثبت الملك بالوصية قبل القبول؛ لأن الوصية تشبه الإرث من وجه من حيث أنَّها تملك بالموت كالإرث، وتشبه الهبة من وجه من حيث أنَّها تملك بتمليك الغير، ولهذا تبطل الوصية بالخمر وإن كان الخمر يورث، فاعتبرناها بالهبة في حق القبول ما دام القبول موهومـًا من الموصى له، فقلنا بأنَّها لا تملك قبل القبول، واعتبرناها بالإرث بعد القبول فقلنا إن الموصى له يملكها بعد القبول

قَالَ: (وَقَبُولُ الوَصِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ فَإِنْ قَبِلَهَا المُوصَى لَهُ حَالَ الحَيَاةِ أَوْ رَدَّهَا فَذَلِكَ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ حُكْمِهِ بَعْدَ المَوْتِ لِتَعَلُّقِهِ بِهِ فَلا يُعْتَبَرُ قَبْلَهُ كَمَا لا يُعْتَبَرُ قَبْلَ العَقْدِ.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الإِنْسَانُ بِدُونِ الثُّلُثِ) سَوَاءٌ كَانَتِ الوَرَثَةُ أَغْنِيَاءَ أَوْ فُقَرَاءَ؛ لِأَنَّ فِي التَّنْقِيصِ صِلَةَ القَرِيبِ بِتَرْكِ مَا لَهُ عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ اسْتِكْمَالِ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ تَمَامِ حَقِّهِ فَلَا صِلَةَ وَلا مِنَّةَ، ثُمَّ الوَصِيَّةُ بِأَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ أَوْلَى أَمْ تَرْكُهَا؟ قَالُوا: إِنْ كَانَتِ الوَرَثَةُ فُقَرَاءَ وَلا يَسْتَغْنُونَ بِمَا يَرِثُونَ فَالتَّرْكُ أَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنَ الصَّدَقَةِ عَلَى القَرِيبِ. وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ عَلَى ذِي

من غير قبضٍ، عملًا بالشبهين بقدر الإمكان.

قوله: فَإِنْ قَبِلَهَا المُوصَى لَهُ حَالَ الحَيَاةِ أَوْ رَدَّهَا فَذَلِكَ بَاطِلٌ؛ لأن القبول إنما يعتبر بعد موت الموصي؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت فيعتبر القبول والرد بعد موت الموصي، ولو رد الموصى له الوصية حال حياة الموصي ثم قبل بعد موته صح القبول؛ لأن الرد حال حياة الموصي غير معتبر فصار وجوده والعدم سواءً، ولو لم يقبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي ولم يردها أيضـًا حتى مات هو، فالقياس أن تكون ورثته بمنزلته في الرد والقبول.

وفي الاستحسان يلزمهم ذلك ردُّوا أو قبلوا، هكذا في بعض المواضع، وذكر في بعض المواضع: القياس أن تبطل الوصية، وفي الاستحسان لا تبطل، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الإِنْسَانُ بِدُونِ الثُّلُثِ؛ لأن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «إنك إن تدع عيالك أغنياء»، معناه: ورثتك إليك أقرب من الأجانب، فترك المال لهم خير لك من الوصية فيه، وفي هذا دليل على أن التقليل في الوصية أفضل، وذلك مرويٌّ عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما قالا: «لأن نوصي بالخمس أحب إلينا من أن نوصي بالربع؛ ولأن نوصي بالربع أحب إلينا من أن نوصي بالثلث»، كذا في «المبسوط».

الرَّحِمِ الكَاشِحِ»؛ وَلِأَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ حَقِّ الفُقَرَاءِ وَالقَرَابَةِ جَمِيعًا، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ أَوْ يَسْتَغْنُونَ بِنَصِيبِهِمْ فَالوَصِيَّةُ أَوْلَى لِأَنَّهُ يَكُونُ صَدَقَةً عَلَى الأَجْنَبِيِّ، وَالتَّرْكُ هِبَةٌ مِنَ القَرِيبِ وَالأَوْلَى أَوْلَى لِأَنَّهُ يَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللهِ تَعَالَى. وَقِيلَ فِي هَذَا الوَجْهِ يُخَيَّرُ لِاشْتِمَالِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَلَى فَضِيلَةٍ وَهُوَ الصَّدَقَةُ وَالصِّلَةُ فَيُخَيَّرُ بَيْنَ الخَيْرَيْنِ.

قَالَ: (وَالمُوصَى بِهِ يُمْلَكُ بِالقَبُولِ) خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ. هُوَ

الكَاشِح: العدو الذي أعرض وولاك كشحه، الكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع، وقيل: الكاشح هو الذي أضمر العداوة في كشحه.

وإنما جعل هذا التصدق أفضل؛ لأن التصدق على ذي المحب الصديق مما تميل إليه النفس لمحبته وصداقته، وفي القريب الكاشح المنظور إليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفسه؛ لأن نفسه لا تدعوه إلى التصدق عليه، فكان ترجيح معنى القرابة في الإحسان أَوْلَى من ترجيح جانب المحبة، خصوصاً ما إذا كان ذلك متضمناً مخالفة النفس وقهرها، فكان هو أَوْلَى لا محالة.

قوله: وَالمُوصَى بِهِ يُمْلَكُ بِالقَبُولِ، خِلَافًا لِزُفَرَ، فإن عنده يملك بدون القبول، فلمَّا كان يملك عنده بدون القبول كالإرث يجب أن لا يرتد بالرد كما في الإرث؛ وهذا لأن الملك هنا بطريق الخلافة، وهو أن تعليق الملك بالشرط في حال الحياة لا يجوز، فبعد الموت أَوْلَى.

وجه قول علمائنا: أن هذا تمليك المال بالعقد فلا يثبت إلا بالقبول، أو بما يقوم مقامه كالتمليك بسائر العقود؛ وهذا لأن أحدًا لا يملك تتميم سبب الملك لغيره بغير رضاه، بخلاف الميراث فإنه يبقي للوارث الملك الذي كان ثابتاً للمورث، حتى يرده بالعيب ويصير مغرورًا فيما اشتراه المورث، والبقاء لا يستدعي سبباً مبتدأً؛ لما أن الملك في الميراث ثبت شرعاً من غير اختيار من المورث، ألا ترى أنه لو أراد أن يمنعه لا يتمكن من ذلك، وللشروع هذه الولاية.

وأمَّا هاهنا فالملك ثبت بإيجاب الموصي، بدليل أن له أن يمنعه عن ذلك بالرجوع

يَقُولُ: الوَصِيَّةُ أُخْتُ المِيرَاثِ، إِذْ كُلٌّ مِنْهُمَا خِلَافَةٌ لِمَا أَنَّهُ انْتِقَالٌ، ثُمَّ الإِرْثُ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ فَكَذَلِكَ الوَصِيَّةُ. وَلَنَا أَنَّ الوَصِيَّةَ إِثْبَاتُ مِلْكٍ جَدِيدٍ، وَلِهَذَا لا يُرَدُّ المُوصَى لَهُ بِالعَيْبِ، وَلا يُرَدُّ عَلَيْهِ بِالعَيْبِ، وَلا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِثْبَاتَ المِلْكِ لِغَيْرِهِ إِلَّا بِقَبُولِهِ، أَمَّا الوِرَاثَةُ فَخِلَافَةٌ حَتَّى يَثْبُتَ فِيهَا هَذِهِ الأَحْكَامُ فَيَثْبُتُ جَبْرًا مِنَ الشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ.

قَالَ: (إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ أَنْ يَمُوتَ المُوصِي ثُمَّ يَمُوتَ المُوصَى لَهُ قَبْلَ القَبُولِ فَيَدْخُلُ المُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ) اسْتِحْسَانًا وَالقِيَاسُ أَنْ تَبْطُلَ الوَصِيَّةُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ المِلْكَ مَوْقُوفٌ عَلَى القَبُولِ فَصَارَ كَمَوْتِ المُشْتَرِي قَبْلَ قَبُولِهِ بَعْدَ إِيجَابِ البَائِعِ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الوَصِيَّةَ مِنْ جَانِبِ المُوصِي قَدْ تَمَّتْ بِمَوْتِهِ تَمَامًا لا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَتْ لِحَقِّ المُوصَى لَهُ، فَإِذَا مَاتَ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ كَمَا فِي البَيْعِ المَشْرُوطِ فِيهِ الخِيَارُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الإِجَازَةِ. قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى

عن الوصية قبل موته، فلا يثبت إلا بقبول من الموصى له لانعدام ولاية الموصي عليه؛ ولأن تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له، ولو أثبتنا الملك له قبل موته تضرر عسى، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى يجب عليه نفقته إذا ثبت الملك له، ولو أوصى بدوانِي مكسرة أو بزبل اجتمع في داره، لو ثبت الملك له بغير قبوله وجبَ عليه نقلها شاء أو أبى، وفي هذا من الضرر عليه ما لا يخفى، وكذلك لو أوصى له بزوجته المملوكة لو ملكها الموصى له بدون قبوله يفسد نكاحه، وليس للموصي ولاية إفساد نكاحه، فلهذا قلنا إنه لا يثبت له الملك ما لم يقبل كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، أي: يملك بدون القبول.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ لَمْ تَجُزِ الوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَى الوَصِيَّةِ،

وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ لَمْ تَجُزِ الوَصِيَّةُ)؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَى الوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ أَهَمُّ الحَاجَتَيْنِ فَإِنَّهُ فَرْضٌ وَالوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ، وَأَبَدًا يُبْدَأُ بِالأَهَمِّ فَالأَهَمِّ. (إِلَّا أَنْ يُبَرِّئَهُ الغُرَمَاءُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ عَلَى الحَدِّ المَشْرُوعِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَصِحُّ إِذَا كَانَ فِي وُجُوهِ الخَيْرِ؛ لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَجَازَ وَصِيَّةَ يَفَاعٍ أَوْ يَافَاعٍ وَهُوَ الَّذِي رَاهَقَ الحُلُمَ،

أي: في حكم الشرع، وأمَّا في قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، فالوصية مقدمة على الدين ذكرًا كما ترى.

فإن قلتَ: لم قدمت الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشريعة؟

قلتُ: لمَّا كانت الوصية مشبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض كان إخراجها ممَّا يشِقُّ على الورثة ويتغيظهم ولا تطيب أنفسهم بِها، فكان أداؤها مظنة للتفريط، بخلاف الدَّين فإن نفوسهم مطمئنة إلى أدائه، فلذلك قدمت على الدين بعثًا على وجوبها والمسارعة إلى إخراجها مع الدَّين؛ ولذلك ذكر بكلمة (أو) للتسوية بينهما في الوجوب، هكذا ذكر السؤال والجواب في «الكشاف».

وذكر في «المبسوط»: قال علي رضي الله عنه: «إنكم تقرءون الوصية قبل الدين، وكان رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم يبدأ بالدين قبل الوصية»، وهكذا نُقل عن ابن عباس رضي الله عنهما، فهذا منهما إشارة إلى معنى التقديم والتأخير في الآية.

ثم قضاء الدين من أصول حوائج المرء؛ لأنه تفرغ به ذمته، والوصية ليست من أصول حوائجه، وحاجته مقدمة في تركته، ألا ترى أنه يقدم جهازه وكفنه لحاجته إلى ذلك فكذلك قضاء الدين.

قوله: وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ، فإن الصبي إذا أوصى بوصية فوصيته باطلة، سواءٌ ماتَ قبل الإدراك أو بعده عندنا.

وَلِأَنَّهُ نَظَرَ لَهُ بِصَرْفِهِ إِلَى نَفْسِهِ فِي نَيْلِ الزُّلْفَى، وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ يَبْقَى عَلَى غَيْرِهِ. وَلَنَا أَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ؛ وَلِأَنَّ قَوْلَهُ غَيْرُ مَلْزُومٍ وَفِي تَصْحِيحِ وَصِيَّتِهِ قَوْلٌ

قوله: وَلِأَنَّهُ نَظَرَ لَهُ بِصَرْفِهِ إِلَى نَفْسِهِ فِي نَيْلِ الزُّلْفَى، ثم قال الشافعي رحمه الله: على هذه النكتة لا يلزمني عدم صحة إسلامه فإن إسلامه لا يصح بنفسه، وقبول الهبة والصدقة لا يصح منه مع أن في كل منهما نظرًا له؛ لأن ما فيه منفعة الصبي إذا أمكن تحصيله له بوليّه لا يعتبر فيه عقله ورشده، والإسلام يحصل له بغيره، وكذلك قبول الهبة والصدقة، فأمَّا اكتساب الأجر بالوصية فلا يمكن تحصيله له بغيره.

قوله: وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ يَبْقَى - أي: المال - عَلَى غَيْرِهِ، أي: على غير الصبي، ولو قلنا بنفاذ وصيته كان ماله باقيًا على نفسه، أي: يحصل له بسبب الوصية إلى وجوه الخير، ونيل الزلفى، والدرجة العليا، فكان مبقيًا مال نفسه لنفسه بهذا الطريق، فكانت وصيته أَوْلَى من ترك وصيته.

الأيفاع: (مرد آسا شدن كودك)، يقال: أيفع الغلام، أي: ارتفع فهو يافع، ولا يقال: موفع، وهو من النوادر، وغلام يفاع بمعنى يافع، وجمعه يفعان.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ تَبَرُّعٌ - أي: أن الوصية بتأويل الإيصاء تبرع - وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، كالهبة والصدقة، فإنّهما لا تصحان من الصبي بالإجماع فكذا الوصية؛ وهذا لأن اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره، ألا ترى أنه لا يعتبر عقله في حق الطلاق والعتاق؛ لأن ذلك يضره باعتبار أصل الوضع، فكذلك تمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار أصل الوضع، فإن تصوّر في الوصية منفعة فذلك باعتبار اتفاق الحال، وفي التصرفات يعتبر أصل الوضع لا الأحوال؛ ألا ترى أن الطلاق قد ينفعه في بعض الأحوال بأن يطلق المرأة المعسرة ويتزوج بأختها الموسرة، ولم يعتبر ذلك فهذا مثله.

وأمَّا الجواب عن قوله: إن ما فيه منفعة الصبي إذا لم يمكن تحصيله له بوليه يعتبر فيه عقله ورشده، فقلنا: هذا غير مطرد؛ لأن منفعة الوصية كما لا تمكن تحصيلها له بوليه، كذلك

بِإلزَامِ قَوْلِهِ، وَالأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ العَهْدِ بِالحُلُمِ مَجَازًا أَوْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ فِي تَجْهِيزِهِ وَأَمْرِ دَفْنِهِ، وَذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَهُوَ يُحْرِزُ الثَّوَابَ بِالتَّرْكِ عَلَى وَرَثَتِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ، وَالمُعْتَبَرُ فِي النَّفْعِ وَالضَّرَرِ النَّظَرُ إِلَى أَوْضَاعِ التَّصَرُّفَاتِ لا إِلَى مَا يَتَّفِقُ بِحُكْمِ الحَالِ اعْتَبَرَهُ بِالطَّلَاقِ فَإِنَّهُ لا يَمْلِكُهُ وَلا وَصِيَّهُ وَإِنْ كَانَ يَتَّفِقُ نَافِعًا فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ الإِدْرَاكِ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ وَقْتَ المُبَاشَرَةِ وَكَذَا إِذَا قَالَ إِذَا أَدْرَكْتُ فَثُلُثُ مَالِي لِفُلَانٍ وَصِيَّةً لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ فَلا يَمْلِكُهُ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ، بِخِلَافِ العَبْدِ وَالمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ أَهْلِيَّتَهُمَا مُسْتَتِمَّةٌ وَالمَانِعُ حَقُّ المَوْلَى فَتَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلَى حَالِ سُقُوطِهِ.

قَالَ: (وَلا تَصِحُّ وَصِيَّةُ المُكَاتَبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً)؛ لِأَنَّ مَالَهُ لا يَقْبَلُ التَّبَرُّعَ، وَقِيلَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لا تَصِحُّ، وَعِنْدَهُمَا تَصِحُّ رَدًّا لَهَا إِلَى مُكَاتَبٍ يَقُولُ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ، وَالخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

منفعة الهبة والصدقة من حيث الأجر وصلة الرحم لا يمكن تحصيلها له أيضاً بوليه، ومع ذلك لا يصح ذلك منه.

قوله: وَالأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ العَهْدِ بِالحُلُمِ مَجَازًا، يعني: كان هو بالغاً ولكن كان لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى يافعاً بطريق المجاز، ألا ترى أن عُمر رضي الله عنه لم يستفسر أن وصيته كانت لعمل القربة أو لغيره، كذا في «المبسوط».

قوله: عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ، وهو باب الحنث في باب المكاتب والمأذون من أيمان «الجامع الكبير»، والذي عرف هناك هو أن مأذوناً أو مكاتباً قال: إذا أعتقت فكل مملوك

قَالَ: (وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ وَبِالحَمْلِ إِذَا وُضِعَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الوَصِيَّةِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ الوَصِيَّةَ اسْتِخْلَافٌ مِنْ وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهُ خَلِيفَةً فِي بَعْضِ

أملكه فهو حر فعتق فاشترى مملوكـًا يعتق؛ لأنه أضاف الإعتاق إلى ملك قابل للإعتاق وهو ما بعد الحرية فيصح، وهذا بخلاف الصبى إذا قال: إذا بلغتُ فكل مملوك أملكه فهو حر كان باطلًا؛ لأن بطلان تصرف الصبي إنما كان لعدم الأهلية، والتعليق والتنجيز في ذلك سواء، أمَّا بطلان تصرف العبد ما كان لعدم الأهلية بل إنما كان لخلل في الملك، فإذا أضافه إلى ملك قابل للإعتاق يصح.

وهنا ثلاث مسائل:

إحداها: هذا الذي ذكرنا، وهي ما إذا قال المكاتب أو المأذون: إذا أعتقت فكل مملوك أملكه، إلى آخره.

والثانية: إذا قال المكاتب أو المأذون: كل مملوك أملكه فهو حر، فعتق فاشترى مملوكـًا لم يعتق؛ لأن قوله: كل مملوك أملكه، يتناولُ ما يملكه في الحال، وذلك غير قابل للإعتاق فيبطل.

والثالثة: إذا قال: كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر، فملك مملوكـًا بعدما عتق لم يعتق عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما يعتق، لهما أن ذكر الملك مطلقـًا ينصرف إلى ملك قابل للإعتاق وهو ما بعد الحرية، ولأبي حنيفة رحمه الله أن للمكاتب نوعي ملك، أحدهما ظاهر وهو ما قبل الإعتاق، والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الإعتاق، فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر، كما لو تزوج امرأةً نكاحـًا فاسدًا، ثم قال لها: إن طلقتك فعبده حر، ينصرف اليمين إلى الطلاق في النكاح الفاسد، كذلك هاهُنا، كذا في «الجامع الكبير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ وَبِالحَمْلِ إِذَا وُضِعَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أي: من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية؛ لأن وجود الموصى به إنما يشترط وقت وجوب الوصية وهو وقت الموت لا وقت الوصية، ثم **قوله: إِذَا وُضِعَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ**، يتعلق

مَالِهِ وَالجَنِينُ صَلَحَ خَلِيفَةً فِي الإِرْثِ فَكَذَا فِي الوَصِيَّةِ إِذْ هِيَ أُخْتُهُ، إِلَّا أَنْ يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ مَحْضٌ وَلا وِلايَةَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ لِيُمَلِّكَهُ شَيْئًا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ بِعَرَضِ الوُجُودِ، إِذِ الكَلَامُ فِيمَا إِذَا عُلِمَ وُجُودُهُ وَقْتَ الوَصِيَّةِ، وَبَابُهَا أَوْسَعُ لِحَاجَةِ المَيِّتِ وَعَجْزِهِ، وَلِهَذَا تَصِحُّ فِي غَيْرِ المَوْجُودِ كَالثَّمَرَةِ فَلَأَنْ تَصِحَّ فِي المَوْجُودِ أَوْلَى.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِجَارِيَةٍ إِلَّا حَمْلَهَا صَحَّتِ الوَصِيَّةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ)؛ لِأَنَّ اسْمَ الجَارِيَةِ لا يَتَنَاوَلُ الحَمْلَ لَفْظًا وَلَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالإِطْلَاقِ تَبَعًا، فَإِذَا أَفْرَدَ الأُمَّ بِالوَصِيَّةِ صَحَّ

بِهما جميعاً، أمّا في قوله: لِلْحَمْلِ، فظاهر؛ لأن الموصى له إذا لم يكن موجودًا لا يصح منه التمليك بالوصية ولا بغيرها، وكذلك في قوله: بِالحَمْلِ؛ لأنه إذا لم يكن الموصى به موجودًا حقيقةً كان وصية بالمعدوم وقت وجوب الوصية وهو لا يصح في الحمل، بخلاف ما إذا أوصى بثمرة بستانه وهي معدومة فإنه يصح، وقد ذكرناه.

وذكر في باب الوصية بما في البطن، وهو الباب السادس عشر من وصايا «المبسوط»: وإذا أوصى الرجل بما في بطن هذه الجارية، ثم ولدت بعد موته لستة أشهر أو أكثر فلا وصية له؛ لأنه أوصى بالمعدوم ولم يعلم وجوده عند موت الموصي لا حقيقةً ولا حكماً، ووجوب الوصية بالموت، فما لم يكن العينُ معلوم الوجود عند وجوب الوصية لا تكون الوصية صحيحة.

فإن قلتَ: هاهُنا إشكال ظاهر، وهو أنه اشترط هاهُنا وجود الموصى به والموصى له، وهو الحمل عند وجود الوصية حتى لم يصحح الوصية بالمعدوم، وقد صحح الوصية بالمعدوم في مسألة الوصية بثمرة بستانه أبدًا، وقال: وإن قال: له ثمرة بستاني أبدًا، فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش على ما يجيء في الكتاب إن شاء الله تعالى، في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة، وكذلك الوصية بغلة بستانه يقع على الموجود والمعدوم.

إِفْرَادُهَا؛ وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ إِفْرَادُ الحَمْلِ بِالوَصِيَّةِ فَجَازَ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَهَذَا هُوَ الأَصْلُ أَنَّ مَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ، إِذْ لا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، وَمَا لا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ لا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ، وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنِ الوَصِيَّةِ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتِمَّ فَجَازَ الرُّجُوعُ عَنْهُ كَالهِبَةِ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي كِتَابِ الهِبَةِ؛ وَلِأَنَّ القَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى المَوْتِ وَالإِيجَابُ يَصِحُّ إِبْطَالُهُ قَبْلَ القَبُولِ كَمَا فِي البَيْعِ.

قَالَ: (وَإِذَا صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ كَانَ رُجُوعًا) أَمَّا الصَّرِيحُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الدَّلالَةُ؛ لِأَنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلَ الصَّرِيحِ فَقَامَ مَقَامَ قَوْلِهِ قَدْ أَبْطِلْتُ، وَصَارَ

وكذلك وجود الموصى له ليس بشرط، ألا ترى أنه لو أوصى لأولاد فلان ولم يكن لفلان ولد وإنما ولد له ولد بعد الوصية قبل موت الموصي فالوصية له صحيحة، وأجناسه تجيء في باب الوصية للأقارب من الكتاب، وذكره الإمام المحبوبي أيضاً.

قلتُ: جوابه يجيء هناك أيضاً إن شاء الله تعالى.

قوله: وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنِ الوَصِيَّةِ؛ لأن الوصية تمليك بطريق التبرع مضافاً إلى ما بعد الموت، والتبرع النافذ وهو الهبة محتمل للرجوع فالمضاف إلى ما بعد الموت أَوْلَى.

قوله: أَمَّا الصَّرِيحُ فَظَاهِرٌ - وهو أن يقول: رجعتُ عمَّا أوصيتُ به لفلان - **وَكَذَا الدَّلالَةُ**.

وفي «الذخيرة»: والرجوع قد يثبت صريحاً، وقد يثبت دلالةً، وقد يثبت ضرورةً، والرجوع دلالة أنواع:

أحدها: استهلاك الموصى به حقيقةً أو حكماً، حتى أن من أوصى لإنسان بثوب فقطعه وخاطه قميصاً، أو أوصى بقطن فغزله ونسجه، أو أوصى بحديدة فصنع منها سيفاً، فهذه التصرفات دلالة الرجوع؛ لأنَّها استهلاك للعين حكماً، ألا ترى أن حق المغصوب منه

كَالبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الخِيَارُ فِيهِ بِالدَّلالَةِ، ثُمَّ كُلُّ فِعْلٍ لَوْ فَعَلَهُ الإِنْسَانُ فِي مِلْكِ الغَيْرِ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ المَالِكِ، فَإِذَا فَعَلَهُ المُوصِي كَانَ رُجُوعًا، وَقَدْ عَدَدْنَا هَذِهِ الأَفَاعِيلَ فِي كِتَابِ الغَصْبِ. وَكُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي المُوصَى بِهِ وَلا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ العَيْنِ إلَّا بِهَا فَهُوَ رُجُوعٌ إذَا فَعَلَهُ، مِثْلُ السَّوِيقِ يَلُتُّهُ بِالسَّمْنِ وَالدَّارِ يَبْنِي فِيهِ المُوصِي وَالقُطْنِ يَحْشُو بِهِ وَالبِطَانَةِ يُبَطِّنُ بِهَا وَالظِّهَارَةِ يُظَهِّرُ بِهَا؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الزِّيَادَةِ، وَلا يُمْكِنُ نَقْضُهَا؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكِ المُوصِي مِنْ جِهَتِهِ، بِخِلَافِ تَخْصِيصِ الدَّارِ المُوصَى بِهَا وَهَدْمِ بِنَائِهَا؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي التَّابِعِ، وَكُلُّ

ينقطع بهذه التصرفات.

ونوع من ذلك أن يخلط الموصى به بغير الموصى به خلطاً لا يمكن التمييز أصلًا، كما إذا كان الموصى به سويقاً فلتَّه بسمن.

ونوع من ذلك أن يحدث نقصاناً في الموصى به، حتى خرج الموصى به عن هيئة الادخار والبقاء إلى يوم الموت، كما إذا أوصى بشاة لإنسان ثم ذبحها فهذا رجوع عن الوصية.

وأمّا الرجوع ضرورة أن يتغير الموصى به ويتغير اسمه؛ لأن الموصى له إنما يستحق الموصى به بعد موت الموصي بذلك الإيجاب وبذلك الاسم، فإذا تغير الموصى به وتغير الاسم لو استحق الموصى له لا يكون الاستحقاق بذلك الاسم.

بيان هذا إذا أوصى بحنطة لإنسان فهبت الريح بالحنطة وألقتها في طاحونة قبل موت الموصي حتى صارت دقيقاً بطلت الوصية.

وكذلك إذا أوصى بالكفرَّى - وهو الطلع - في نخله فصار رطباً قبل موت الموصي، أو أوصى بعنب في كرمه فصار زبيباً قبل موت الموصي، أو أوصى ببيضةٍ فحضنت دجاجة على البيضة حتى أخرجت فراريخ قبل موت الموصي بطلت الوصية، ولو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي قبل قبول الوصية أو بعده لا تبطل الوصية؛ لأن التغير حصل بعد

تَصَرُّفٍ أَوْجَبَ زَوَالَ مِلْكِ المُوصِي فَهُوَ رُجُوعٌ، كَمَا إِذَا بَاعَ العَيْنَ المُوصَى بِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ وَهَبَهُ ثُمَّ رَجَعَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لا تَنْفُذُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ، فَإِذَا أَزَالَهُ كَانَ رُجُوعًا. وَذَبْحُ الشَّاةِ المُوصَى بِهَا رُجُوعٌ؛ لِأَنَّهُ لِلصَّرْفِ إِلَى حَاجَتِهِ عَادَةً، فَصَارَ هَذَا المَعْنَى أَصْلًا أَيْضًا، وَغَسْلُ الثَّوْبِ المُوصَى بِهِ لا يَكُونُ رُجُوعًا؛ لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَ ثَوْبَهُ غَيْرَهُ يَغْسِلُهُ عَادَةً فَكَانَ تَقْرِيرًا.

قَالَ: (وَإِنْ جَحَدَ الوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا) كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ:

تمام الوصية وعملها؛ لأن تمامها بالموت فلا يوجب بطلانها.

ولو أوصى برطب فصار تمرًا قبل موت الموصي لا تبطل الوصية استحساناً، بخلاف ما إذا أوصى بعنب فصار زبيباً، والفرق أن الرطب مع التمر جنس واحد، ولهذا جاز استيفاء أحدهما مكان الآخر في السلم، ولهذا جاز بيع الرطب بالتمر متماثلًا عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يتغير الموصى به، وأمَّا في فصل العنب الموصى به فقد تغير وكذلك الاسم.

وقوله: فَكَانَ تَقْرِيرًا، أي: تقريرا للوصية ليصل الموصى به إلى الموصى له على أنظف حال.

قوله: وَإِنْ جَحَدَ الوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا، حتى لو قامت البينه عليها بعد موت الموصي قبلت، هكذا ذكر في «الجامع».

وذكر في «المبسوط»: إن جحود الوصية رجوع، فمن مشايخنا من قال: لا اختلاف بين الروايتين، ولكن ما ذكره في «الجامع» محمول على أن الجحود كان عند غيبة الموصى له، والجحود عند غيبة الموصى له لا يكون رجوعاً على الروايات كلها؛ لأن الجحود ليس بصريح رجوع، ولكن لمَّا كان نفياً للحال اقتضى الرد، وإنما يثبت الرد إذا صح الإنكار والإنكار على الغائب لا يصح؛ لأن الإنكار من باب المعارضة، وإذا لم يصح الإنكار لا يصح ما يقوم به وهو الرد، وما ذكره في الوصايا محمول على ما إذا كان الجحود عند حضرة الموصى له، والجحود عند حضرته يكون رجوعاً باتفاق الروايات؛ لأن عند حضرته يصح

يَكُونُ رُجُوعًا، لِأَنَّ الرُّجُوعَ نَفْيٌ فِي الحَالِ وَالجُحُودَ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالحَالِ، فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا، وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الجُحُودَ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالِانْتِفَاءُ فِي الحَالِ ضَرُورَةُ ذَلِكَ،

الإنكار فيصح ما يقوم به وهو الرد.

ومن مشايخنا من قال: ما ذكره في «المبسوط» محمول على الجحود الحقيقي، والجحود الحقيقي رجوع على الروايات كلها، وما ذكره في «الجامع» محمول على صورة الرجوع لا على الرجوع الحقيقي، فإن موضع مسألة «الجامع» إذا أوصى الرجل للرجل بثلث ماله ثم قال لقوم: اشهدوا أنِّي لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير، لا يكون هذا رجوعاً؛ لأن قوله: اشهدوا أنِّي لم أوص لفلان، طلب شهادة الزور منهم، فيكون معناه: قد أوصيتُ لفلان بكذا إلا أنِّي أسألكم أن تشهدوا لي بالباطل، وطلب شهادة الباطل لا يكون رجوعاً؛ لأنه ليس بجحود حقيقة.

ومنهم من قال: ما ذكره في «الجامع» قول محمد رحمه الله، وما ذكره في الوصايا قول أبي يوسف رحمه الله.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان، قال شيخ الإسلام: وهو الأصح، كذا في «الذخيرة».

وجعل الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «المبسوط» الاختلاف هو الأصح فقال: والأصح ما ذكره المعلى في «نوادره»: أن على قول أبي يوسف رحمه الله الجحود يكون رجوعاً عن الوصية، وعلى قول محمد رحمه الله لا يكون رجوعاً، كذا في الباب الأول من وصايا «المبسوط».

قوله: وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الجُحُودَ نَفْيٌ فِي المَاضِي، إلى آخره، فتأخير دليل محمدٍ رحمه الله يدل على أن المصنف رحمه الله اختار قول محمد، ولكنه ذكر في «الذخيرة» فقال: وما ذكر في الوصايا هو الأصح، وهو قول أبي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا، فوجه الأصح أن الجحود كذب حقيقةً إلا أنه يحتمل الفسخ مجازًا، فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانةً لكلام العاقل عن الإلغاء بقدر الممكن، وأمكن حمله على الفسخ؛ لأن الموصي ينفرد بفسخ الوصية.

وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الحَالِ كَانَ الجُحُودُ لَغْوًا، أَوْ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِثْبَاتٌ فِي المَاضِي وَنَفْيٌ فِي الحَالِ وَالجُحُودَ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالحَالِ فَلَا يَكُونُ رُجُوعًا حَقِيقَةً وَلِهَذَا لا يَكُونُ جُحُودُ النِّكَاحِ فُرْقَةً وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ فَهُوَ حَرَامٌ وَرِبًا لا يَكُونُ رُجُوعًا)؛ لِأَنَّ الوَصْفَ يَسْتَدْعِي بَقَاءَ الأَصْلِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ)؛ لِأَنَّهُ الذَّاهِبُ المُتَلَاشِي (وَلَوْ قَالَ أَخَّرْتُهَا لا يَكُونُ رُجُوعًا)؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ لِلسُّقُوطِ كَتَأْخِيرِ الدَّيْنِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ تَرَكْتُ)؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ (وَلَوْ قَالَ العَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ كَانَ رُجُوعًا)؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَى قَطْعِ

بخلاف البيع والإجارة إذا جحد أحدُ المتعاقدين؛ لأن هناك تعذر حمله على الفسخ؛ لأن أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد.

وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الأصل بأن قال: لم أتزوجك؛ لأن هناك تعذر حمله على الفسخ أيضـًا؛ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ، ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق؛ إذ ليس بينهما مشابهة؛ لأن الجحود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفي، وتعذر إثبات الطلاق بطريق الإضمار؛ لأنه إنما تصح نية الإضمار فيما لو صرح به يستقيم؛ ولو صرح بالطلاق فقال: لم أتزوجك لأنّي طلقتك لم يصح.

بخلاف قوله: لا نكاح بيني وبينك، أو لستِ لي بامرأة، أو ما أنا بزوجك، ونوى الطلاق يقع على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن هناك أمكن إضمار الطلاق، ألا ترى أنه لو صرح به فقال: لا نكاح بيني وبينك، أو لستِ لي بامرأة؛ لأني طلقتُك صحَّ، فكذا إذا أضمر.

وقوله: وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الحَالِ كَانَ الجُحُودُ لَغْوًا؛ وذلك لأن الجحود لمَّا كان نفيـًا في الماضي والانتفاء في الحال ضروري، فيكون النفي في الماضي متضمنـًا للانتفاء في الحال، فمهما كان كاذبـًا في النفي لم يثبت المتضمن، وإذا لم يثبت هو لم يثبت المتضمن فيبقى الحق ثابتـًا في الحال ويكون وصية للوارث.

شَرِكَةٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِآخَرَ؛ لِأَنَّ الْمَحَلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ وَاللَّفْظُ صَالِحٌ لَهَا (وَكَذَا إِذَا قَالَ فَهُوَ لِفُلَانٍ وَارِثِي يَكُونُ رُجُوعًا عَنِ الْأَوَّلِ) لِمَا بَيَّنَّا، وَيَكُونُ وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ.

(وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ الْآخَرُ مَيِّتًا حِينَ أَوْصَى فَالْوَصِيَّةُ الْأُولَى عَلَى حَالِهَا) لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ الْأُولَى إِنَّمَا تَبْطُلُ ضَرُورَةَ كَوْنِهَا لِلثَّانِي وَلَمْ يَتَحَقَّقْ فَبَقِيَ لِلْأَوَّلِ (وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ حِينَ قَالَ ذَلِكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فَهِيَ لِلْوَرَثَةِ) لِبُطْلَانِ الْوَصِيَّتَيْنِ الْأُولَى بِالرُّجُوعِ وَالثَّانِيَةِ بِالْمَوْتِ.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ، وهو أن الورثة بالخيار إن شاءوا أجازوا، وإن شاءوا ردُّوا؛ لأن الوصية للوارث تنفذ بإجازة باقي الورثة، كذا في «الإيضاح».

قوله: فَهِيَ لِلْوَرَثَةِ، أي: لورثة الموصي، لا لفلان، ولا لورثته، كذا في «الإيضاح»، والله أعلم بالصواب.

(بَابُ الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ)

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ يَضِيقُ الثُّلُثُ عَنْ حَقِّهِمَا إِذْ لا يُزَادُ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ الإِجَازَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَقَدْ تَسَاوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَالمَحِلُّ يَقْبَلُ الشَّرِكَةَ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا (وَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ وَلِلْآخَرِ بِالسُّدُسِ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا يُدْلِي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْ حَقَّيْهِمَا فَيَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا كَمَا فِي أَصْحَابِ الدُّيُونِ فَيُجْعَلُ الأَقَلُّ سَهْمًا وَالأَكْثَرُ سَهْمَيْنِ فَصَارَ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ: سَهْمٌ لِصَاحِبِ الأَقَلِّ وَسَهْمَانِ لِصَاحِبِ الأَكْثَرِ.

باب الوصية بثلث المـال

لمَّا كان أقصى ما تدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال، ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب.

قوله: وَالمَحِلُّ يَقْبَلُ الشَّرِكَةَ، وهذا احتراز عما لو قال الموصي: إن العبد الذي أوصيتُ به لفلان فهو لفلان، كان رجوعاً لعدم احتمال الشركة، بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر على ما مرَّ قبيل هذا الباب.

قوله: سَهْمٌ لِصَاحِبِهِ، أي: لصاحب الأقل، وقالوا: ضرب في ماله سهماً، أي: جعل، وعلى ذا قوله في «المختصر»: أبو حنيفة رحمه الله لا يضرب للموصى له فيما زاد على الثلث، على حذف المفعول كأنه قيل: لا يجعل له شيئاً فيه ولا يعطيه، كذا في «المغرب».

(وَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ وَلِلْآخَرِ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ، فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ عِنْدَهُمَا. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَلَا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِلْمُوصَى لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلَّا فِي المُحَابَاةِ وَالسِّعَايَةِ وَالدَّرَاهِمِ المُرْسَلَةِ) لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ المُوصِي قَصَدَ شَيْئَيْنِ الِاسْتِحْقَاقَ وَالتَّفْضِيلَ، وَامْتَنَعَ الِاسْتِحْقَاقُ لِحَقِّ الوَرَثَةِ وَلَا مَانِعَ مِنَ التَّفْضِيلِ فَيَثْبُتُ كَمَا فِي المُحَابَاةِ وَأُخْتَيْهَا. وَلَهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِغَيْرِ المَشْرُوعِ

قوله: وَالدَّرَاهِمِ المُرْسَلَةِ، أي: المطلقة، وهي ما كان وصيته بشيء بغير عينه، لم ينسب إلى جزء من المال، أي: لم يقل ثلث المال، أو نصفه، أو غير ذلك.

ثم صورة المحاباة هي أن يكون له عبدان: قيمة أحدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ستمائة، وأوصى بأن يباع واحد منهما لفلان بمائة والآخر لفلان آخر بمائة، فهاهُنا قد حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة، وذلك كله وصية؛ لأنه في حال المرض، فإن لم يكن له مال غير هذين العبدين ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثاً تضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألفُ، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة رحمه الله وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف بأكثر من خمسمائة.

وصورة السعاية وهي أن يوصى بعتق عبديه قيمة أحدهما ألفٌ والآخر ألفان ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة يعتقان جميعاً، وإن لم يجيزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي، والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي.

وصورة الدراهم المرسلة هي أن يوصى لرجل بألف ولآخر بألفين وثلث ماله ألف درهم، ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهما أثلاثاً، كل واحدٍ منهما يضرب بجميع وصيته؛ لأن

عِنْدَ عَدَمِ الإِجَازَةِ مِنَ الوَرَثَةِ، إِذْ لا نَفَاذَ لَهَا بِحَالٍ فَيَبْطُلُ أَصْلًا، وَالتَّفْضِيلُ يَثْبُتُ فِي ضِمْنِ الاسْتِحْقَاقِ فَبَطَلَ بِبُطْلَانِهِ كَالمُحَابَاةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ البَيْعِ، بِخِلَافِ مَوَاضِعِ الإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ لَهَا نَفَاذًا فِي الجُمْلَةِ بِدُونِ إِجَازَةِ الوَرَثَةِ بِأَنْ كَانَ فِي المَالِ سَعَةٌ فَتُعْتَبَرُ فِي التَّفَاضُلِ لِكَوْنِهِ مَشْرُوعًا فِي الجُمْلَةِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ. وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِعَيْنٍ مِنْ تَرِكَتِهِ وَقِيمَتُهُ تَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ فَإِنَّهُ يَضْرِبُ بِالثُّلُثِ وَإِنِ احْتَمَلَ أَنْ يَزِيدَ المَالُ فَيَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ الحَقُّ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ وَاسْتَفَادَ مَالًا آخَرَ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ، وَفِي الأَلْفِ المُرْسَلَةِ لَوْ هَلَكَتِ التَّرِكَةُ تَنْفُذُ فِيمَا يُسْتَفَادُ فَلَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بِعَيْنِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الوَرَثَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ جَازَ)؛

الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث، ولا كذلك فيما إذا أوصى له بثلث ماله ولآخر بنصف ماله، أو بجميع ماله؛ لأن اللفظ في مخرجه لم يصح؛ لأن ماله لو كثر، أو خرج له مال آخر تدخل فيه تلك الوصية فلا يخرج من الثلث، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: كَالمُحَابَاةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ البَيْعِ، أي: تبطل المحاباة ببطلان البيع وتصح بصحته.

قوله: وَإِذَا أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، هذا إذا كان الابن موجودًا، وكذلك إذا أوصى بنصيب الابنة وهي موجودة؛ لأن نصيب ابنه أو بنته ثبتَ بنص الكتاب، فلمَّا أوصى بنصيب ابنه لرجل آخر فقد أراد تغيير ما فرض الله تعالى فلا يصح.

وأمَّا لو أوصى بنصيب ابن أو ابنة وليس له ابن ولا ابنة فإنه تصح الوصية؛ لأنه ليس فيه تغيير ما فرض الله تعالى في كتابه.

وإن أوصى بمثل نصيب ابنه أو ابنته جاز، سواء كان له ابن أو ابنة أو لم يكن، ولو كان

لِأَنَّ الأَوَّلَ وَصِيَّةٌ بِمَالِ الغَيْرِ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ الِابْنِ مَا يُصِيبُهُ بَعْدَ المَوْتِ وَالثَّانِيَ وَصِيَّةٌ بِمِثْلِ نَصِيبِ الِابْنِ وَمِثْلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ وَإِنْ كَانَ يَتَقَدَّرُ بِهِ فَيَجُوزُ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجُوزُ فِي الأَوَّلِ أَيْضًا فَيُنْظَرُ إِلَى الحَالِ وَالكُلُّ مَالُهُ فِيهِ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ أَخَسُّ سِهَامِ الوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -،

له ابن وهو أوصى بمثل نصيب ابنه صار موصياً له بنصف المال؛ لأن مثل الابن كالابن، ولو كان له ابنان يكون المال بينهما نصفين، فكذلك هاهُنا إن أجاز الابن، وإن لم يجز الابن فللموصى له الثلث، ولو كان له ابنان فإنه يكون له ثلث المال ولا يحتاج إلى الإجازة، هذا كله من «شرح الطحاوي».

وقوله: لِأَنَّ نَصِيبَ الِابْنِ مَا يُصِيبُهُ بَعْدَ المَوْتِ، فصار كما لو أوصى له بمال زيد.

قوله: فَيُنْظَرُ - أي: زفر رحمه الله - إِلَى الحَالِ - أي: إلى الحال التي هو حيٌّ فيها بعد - وَالكُلُّ مَالُهُ، فهو يتصرف في ماله كيف شاء.

قوله: وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا، وهو قوله: لِأَنَّ الأَوَّلَ وَصِيَّةٌ بِمَالِ الغَيْرِ.

قوله: وَلَوْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ أَخَسُّ سِهَامِ الوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وهذه العبارة وعبارة من لو قال: ولو أوصى بسهم من ماله فله السدس، سواء في المعنى؛ لما أنه إذا كان للموصى له بالسهم أخس السهام بحيث لا يزاد على السدس ولا ينتقص عنه كان سدساً لا محالة.

وعن هذا قال في «المبسوط»: إلا أن يكون أخس السهام أكثر من السدس لا يزاد عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله، ثم قال: وفي موضع آخر قال: له السدس.

ثم اعلم أن في نُسَخ شروح «الجامع الصغير»، و«المبسوط» لم يذكر قوله: إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ

وَقَالا: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِ الوَرَثَةِ وَلا يُزَادُ عَلَى الثُّلُثِ إلَّا أَنْ يُجِيزَ الوَرَثَةُ)؛ لِأَنَّ السَّهْمَ يُرَادُ بِهِ أَحَدَ سِهَامِ الوَرَثَةِ عُرْفًا لا سِيَّمَا فِي الوَصِيَّةِ، وَالأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ بِهِ فَيُصْرَفُ إلَيْهِ، إلَّا إذَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لا مَزِيدَ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ إجَازَةِ الوَرَثَةِ.

وَلَهُ أَنَّ السَّهْمَ هُوَ السُّدُسُ هُوَ المَرْوِيُّ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَقَدْ رَفَعَهُ إلَى النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِيمَا يُرْوَى؛ وَلِأَنَّهُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ السُّدُسُ، فَإِنَّ إيَاسًا قَالَ: السَّهْمُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ السُّدُسِ، وَيُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ سَهْمٌ مِنْ سِهَامِ

عَنِ السُّدُسِ فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ، بل لفظ «الجامع الصغير»: ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة، ولا يزاد على السدس إلا أن يجيزه الوارث، وكذا في غيره.

وعن هذا ألحق بهذا الموضع الإمام جلال الدين[1] ابن المصنف رحمهما الله قوله: وفي رواية: إلا أن يزيد على السدس فيكون له السدس.

قوله: وَقَالا: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِ الوَرَثَةِ، أي: له أقل الأنصباء من أنصباء الورثة أيضاً، لكن ذلك الأقل لو زاد على السدس يزاد عندهما، ولكن لا يزاد على الثلث.

وإنما قلنا إن عندهما له أقل الأنصباء بدلالة تعليلهما، ولأن الإمام قاضي خان رحمه الله صرح بهذا وقال: قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: له أخس سهام الورثة إلا أن يكون ذلك أكثر من الثلث فلا يزاد على الثلث، وصورة هذه المسألة إذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجاً وبنتاً يعطى له السدس في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يعطى له الربع.

قوله: فَإِنَّ إيَاسًا، هو إياس بن معاوية بن قرَّة القاضي بالبصرة، كذا كان بخط شيخي رحمه الله تعالى.

(١) هو أكبر أبناء الإمام المرغيناني رحمهم الله، وقد مرَّ منا هذا البيان في (١/ ١٤٧-١٤٨)، فراجعه.

الوَرَثَةِ فَيُعْطَى مَا ذَكَرْنَا، قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي عُرْفِهِمْ، وَفِي عُرْفِنَا السَّهْمُ كَالجُزْءِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ قِيلَ لِلْوَرَثَةِ أَعْطُوهُ مَا شِئْتُمْ)؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ يَتَنَاوَلُ القَلِيلَ وَالكَثِيرَ، غَيْرَ أَنَّ الجَهَالَةَ لا تَمْنَعُ صِحَّةَ الوَصِيَّةِ وَالوَرَثَةُ قَائِمُونَ مُقَامَ المُوصِي فَإِلَيْهِمْ البَيَانُ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ المَجْلِسِ أَوْ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ لَهُ ثُلُثُ مَالِي وَأَجَازَتِ الوَرَثَةُ فَلَهُ ثُلُثُ المَالِ وَيَدْخُلُ السُّدُسُ فِيهِ، وَمَنْ قَالَ سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ المَجْلِسِ أَوْ فِي غَيْرِهِ سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ فَلَهُ سُدُسٌ وَاحِدٌ)؛ لِأَنَّ السُّدُسَ ذُكِرَ مُعَرَّفًا بِالإِضَافَةِ إِلَى المَالِ، وَالمَعْرِفَةُ إِذَا أُعِيدَتْ يُرَادُ بِالثَّانِي عَيْنَ الأَوَّلِ هُوَ المَعْهُودُ فِي اللُّغَةِ.

والدليل على أن السهم هو السدس أن لفظَهُ إنما يتناول سهم من يكون من جملة ورثته باعتبار الأصل لا باعتبار سبب عارضٍ، وذلك القرابة دون الزوجية، فما يكون عارضاً في مزاحمة ما هو أصيل كالمعدوم، وسهام من يستحق بالقرابة السدسُ، أو الثلثُ، أو النصفُ.

فأمَّا الربع والثمن فإنما يستحقان بالزوجية فيتناول اللفظ أدنى ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس، حتى لا يزاد على ذلك ولكن ينقص عنه إذا كان في سهام ورثته أقل من ذلك؛ لأنه إنما يوجب له مثل سهم أحد ورثته فلا يستحق إلا المتيقن به وهو الأقل؛ وهذا لأنه لمَّا ذكر السهم دون الثلث عرفنا أنه ما أراد النصف ولا الثلث؛ لأنه ليس له أن يوصي بالنصف فتعين به السدس مرادًا.

يوُضحه أن أعدل الأعداد في خروج سهام الفرائض ستة، فإنَّها تشتمل على ما يستحق من السهام بالقرابة الأصلية كالسدس، والثلث، والنصف، والثلثين، فلذلك صار هو مرادًا لكونه أعدل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالمَعْرِفَةُ مَتَى أُعِيدَتْ - معرفةً - يُرَادُ بِالثَّانِي عَيْنَ الأَوَّلِ، كما أن النكرة متى

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ بِثُلُثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ ثُلُثَا ذَلِكَ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ) وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ وَالمَالُ المُشْتَرَكُ يَتْوَى مَا تُوِيَ مِنْهُ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبْقَى مَا بَقِيَ عَلَيْهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً.

أعيدت نكرة كان الثاني غير الأول(١)؛ لما عرف.

فإن قلتَ: يشكل على هذين الأصلين قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ﴾ [المائدة: ٤٨]، فالمراد من الأول القرآن ومن الثاني الكتاب المنزل قبل ذلك كالتوراة وغيرها، وكذلك قوله تعالى: ﴿خَلَقَكُم مِّن ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنۢ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً﴾ [الروم: ٥٤]، فالمراد من الضعفين على أكثر الأقاويل حالة الطفولية والصغر، أي: خلقكم على صفة ضعف في الأول وهي حالة الصغر والطفولية، ثم جعل من بعد ذلك الضعف قوة، أي: حالة الشباب وبلوغ الأشد، فكانت الآية الأولى ناقضة للأصل الأول والثانية للثاني.

قلتُ: نعم كذلك، وهو الذي دعا الإمام المدقق فخر الإسلام إلى أن يقول: وفيه نظر، إلا أن الأعم والأغلب هو استمرار ما ذكر من الأصلين، ألا ترى أن من أقرَّ بمائة درهم مضافة إلى صك وأشهد على ذلك شاهدين، ثم أقرَّ بمائة مضافة إلى ذلك الصك وأشهد شاهدين، أجمعوا أن الصك لو كان واحدًا يكون إقرارًا بمال واحدٍ سواء كان ذلك في موطن أو موطنين.

وأمَّا إذا أقرَّ بمائة درهم بدون الصك وأشهد شاهدين، ثم أقرَّ بمائة في موطن آخر، أو بأكثر، أو بأقل، وأشهد شاهدين، قال أبو حنيفة رحمه الله: يلزمه مالان ولم يجعل الثاني هنا عين الأول، بخلاف ما إذا أقرَّ بالمائة مضافة إلى الصك حيث جعل الثاني عين الأول، وما جاء الفرق بينهما إلا باعتبار أن المائة في المسألة الأولى كررت وهي معرفة، وفي الثانية

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي – الثانية (ف٢): كون الثاني عين الأول أو غيره إنما يكون عند عدم القرينة بدليل الآية الواردة في السؤال.

وَلنَا أَنَّ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ يُمْكِنُ جَمْعُ حَقِّ أَحَدِهِمْ فِي الوَاحِدِ وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ عَلَى القِسْمَةِ وَفِيهِ جَمْعٌ وَالوَصِيَّةُ مُقَدَّمَةٌ فَجَمَعْنَاهَا فِي الوَاحِدِ البَاقِي وَصَارَتِ الدَّرَاهِمُ كَالدِّرْهَمِ، بِخِلَافِ الأَجْنَاسِ المُخْتَلِفَةِ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ الجَمْعُ فِيهَا جَبْرًا فَكَذَا تَقْدِيمًا.

كررت وهي نكرة.

وأمَّا الآيتان فإنما كان المراد منهما على ما ذكرت باعتبار محل الكلام، حيث لا التباس لأحد في أن الكتاب الثاني غير الأول، وإلا يلزم أن يكون المصدِّق والمصدَّق، وصاحب اليدين وما عنده واحدًا وهو مدفوع بمرَّة.

وكذلك في الآية الثانية المراد بيان كمال قدرة الله تعالى على تحويل الآدمي من حال إلى حال، ثم من تلك الحال إلى حال أخرى، ولا التباس لأحد في أن المراد بقوله: من تلك الحالة الحالة الأولى، وهي قد ذكرت مرَّة فكانت الإشارة واقعة عليها.

قوله: وَلنَا أَنَّ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ يُمْكِنُ جَمْعُ حَقِّ أَحَدِهِمْ فِي الوَاحِدِ، إلى آخره، وبيان هذا فيما ذكره الإمام جمال الدين المحبوبي رحمه الله على وجه يقع الفرق بين هذه المسألة وهي مسألة الدراهم وبين مسألة الأثواب، فقال:

ولنا أن الوصية يجب تنفيذها ما أمكن؛ لأنه عقد صدر من أهله مضافًا إلى محله عن ولاية فصار كالبيع، فإن رجلًا لو باع قفيزًا من صبرة فهلكت الصبرة إلا قفيزًا يتعين هذا القفيز للبيع حتى يجبر على تسليمه إلى المشتري، والدليل عليه فصل الاستحقاق، فإنه إذا استحق درهمان من الثلاثة يتعين الباقي لتنفيذ الوصية، فكذلك إذا هلك درهمان وبقي درهم، وكذلك الجواب في ثلاثة أقفزة، وكذلك كل ما يوزن، وكذلك لو أوصى بثلث ثلاثة أثواب من صنف واحدٍ.

وأمَّا في العبيد والأثواب التي ليست من جنس واحدٍ لو كانت الوصية بثلث ثلاثة أعبد من هؤلاء، فهلك عبدان لم يكن له إلا ثلث الباقي.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ ثِيَابِهِ فَهَلَكَ ثُلُثَاهَا وَبَقِيَ ثُلُثُهَا وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلَّا ثُلُثَ مَا بَقِيَ مِنَ الثِّيَابِ، قَالُوا: هَذَا) إِذَا كَانَتِ الثِّيَابُ مِنْ أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَلَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ، وَكَذَلِكَ المَكِيلُ وَالمَوْزُونُ بِمَنْزِلَتِهَا؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي فِيهِ الجَمْعُ جَبْرًا بِالقِسْمَةِ (وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ ثَلَاثَةٍ مِنْ رَقِيقِهِ فَمَاتَ اثْنَانِ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ثُلُثُ البَاقِي، وَكَذَا الدُّورُ المُخْتَلِفَةُ) وَقِيلَ هَذَا

والحاصل أن كل ما يحتمل القسمة ويقسم قسمة واحدة، فللموصى له الباقي كما في الأغنام الثلاثة، والدراهم الثلاثة، وكل ما لا يحتمل القسمة ولا يقسم قسمة واحدة، بل يقسم كل جنس على حدة كالعبيد والدور والأثواب المختلفة كالهروي، والمروي، والقوهي، إذا هلك اثنان فله ثلث الباقي، والفرق أن حق الموصى له مقدم في التنفيذ على حق الوارث إذا كانت الوصية معينة كحق الغريم في التركة، فكان حقه كالأصل وحق الوارث كالتبع، والأصل أن المال الذي يشتمل على أصل وتبع إذا هلك شيء منه يجعل الهالك من التابع دون الأصل، كمال المضاربة إذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهلاك إلى الربح الذي هو تبع لا إلى رأس المال، فكذلك هاهُنا يصرف هلاك الدرهم إلى نصيب الوارث الذي هو تبع؛ لما أن الدراهم من القبيل الذي يحتمل القسمة.

ولمَّا صرف الهلاك إلى نصيب الوارث بقي الدرهم الباقي حقًّا للموصى له فيأخذه، بخلاف العبيد والدور والأثواب المختلفة؛ لأنَّها لا تقسم قسمة واحدة، حتى لو طلب بعض الشركاء قسمة العبيد الثلاثة من القاضي وأبى الباقون لم يجبر القاضي الباقين على القسمة؛ لأن الغرض من القسمة الانتفاع فلا بدَّ من المعادلة في الإجبار على القسمة، وذلك في العبيد متعذر؛ لما فيها من التفاوت العظيم في المنفعة، وإذا لم تجز فيها القسمة تعذر صرف الهلاك إلى نصيب الورثة، وجعل الباقي حقًّا للموصى له؛ لأن ذلك نوع قسمة، وإذا تعذر تحقيق القسمة من هذا الوجه بقي الكل مشتركًا بين الورثة والموصى له أثلاثًا، فما هلك يهلك على الشركة، وما بقي يبقى على الشركة أثلاثًا، فلهذا كان للموصى له ثلث العبد الباقي، أو ثلث الثوب الباقي في الأثواب المختلفة؛ لعدم احتمالها القسمة.

عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَحْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لا يَرَى الجَبْرَ عَلَى القِسْمَةِ فِيهَا. وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ الكُلِّ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُمَا القَاضِي أَنْ يَجْتَهِدَ وَيَجْمَعَ وَبِدُونِ ذَلِكَ يَتَعَذَّرُ الجَمْعُ، وَالأَوَّلُ أَشْبَهُ لِلْفِقْهِ المَذْكُورِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ، فَإِنْ خَرَجَ الأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ العَيْنِ دُفِعَ إِلَى المُوصَى لَهُ)؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ إِيفَاءُ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ مِنْ غَيْرِ بَخْسٍ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ العَيْنِ، وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ؛ لِأَنَّ المُوصَى لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ، وَفِي تَخْصِيصِهِ بِالعَيْنِ بَخْسٌ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ لِلْعَيْنِ فَضْلًا عَنِ الدَّيْنِ؛

قوله: وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ العَيْنِ، وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَهُ، فإن قلتَ: كان ينبغي أن لا يستحق الموصى له بألف درهم شيئًا من الدين الذي أخذ؛ لأن الموصي أوصى له بألف درهم وهو مال والدين ليس بمال، ألا ترى أن من حلف أن لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث؛ ولأنه لمَّا لم يثبت حقه في الدين قبل أن يخرج فكيف يثبت حقه فيه إذا خرج؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأول فإنه إذا لم يكن مالًا قبل الخروج فهو من مال الميت بعد الخروج، والموصى له كان شريكًا للوارث في مال الميت، وبعد الخروج صار الدين مالًا فيشركه الموصى له فيه، وأمَّا عن الثاني فإن عدم ثبوت الحق قبل خروجه مالًا لا يوجب عدم ثبوت حقه في الدين بعد خروجه مالًا، فإن مثل هذا غير ممتنع، ألا ترى أن الموصى له بثلث المال لا يثبت حقه في القصاص، وإذا انقلب مالًا يثبت حقه فيه؛ وهذا لأن الموصى له بثلث المال شريك الوارث في التركة، إلا أن الملك في الدين يثبت بالإرث ولا يثبت بالوصية كالملك في القصاص، فإذا تعيَّن مالًا ظهرت شركة الموصى له للوارث في ذلك المال؛ لأنه مال الميت، إلى هذا أشار في باب الوصية في العين والدين على الأجنبي من وصايا «المبسوط».

وَلِأَنَّ الدَّيْنَ لَيْسَ بِمَالٍ فِي مُطْلَقِ الحَالِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ فَإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ.

قوله: وَلِأَنَّ الدَّيْنَ لَيْسَ بِمَالٍ فِي مُطْلَقِ الحَالِ، أي: في كل الحال، فإن الدين يصير مالًا في المآل لا في الحال، فلذلك لم يكن رب الدين حانثًا فيما لو حلف بأنه لا مال له على ما ذكرنا من رواية «المبسوط»، علم بهذا أنه لم يكن مالًا في عموم الأحوال.

قوله: فَإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ - أي: لجانبي الوارث والموصى له - بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وهو أن يكون الموصى له شريكًا للوارث، لا أن يكون الموصى له مخصوصًا بالعين.

فإن قلتَ: كيف يصح أن يقال: الموصى له شريك للوارث في مال الميت مطلقًا، وقد انعدمت دلالة شركته في بعض المسائل، وهي أن الموصى له لو أوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث، فهلك ذلك المعين لا ضمان على الوارث، فلو كان شريكًا للوارث في مال الميت مطلقًا لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال.

قلتُ: قال في «شرح الطحاوي»: الوصية على ثلاثة أنواع:

(١) في وجه يكون الموصى له كالمودَع، والوصاية كالوديعة، وهو فيما ذكرتُ وهو أن يكون أوصى له بعين مالٍ قائمٍ وذلك يخرج من الثلث، فإنه إذا هلك من غير تعدٍّ لا ضمان عليه كالوديعة.

(٢) وفي وجه يكون الموصى له كالغريم، وهو فيما إذا أوصى له بدراهم مرسلةٍ وله دراهم، أو ليس له دراهم ثم مات، فإنه يعطى للموصى له ثلث الدراهم إن كان حاضرًا؛ ولو لم يكن حاضرًا فإنه تباع تركته ويعطى تلك الدراهم وصار هذا كالدين، إلا أن الفرق بين هذا وبين سائر الديون أنه يُبدأ أولًا بدين الصحة، ثم بدين المرض، ثم فيما بقي حينئذٍ يؤدي دين الوصية، وفرق آخر أن سائر الديون لا تعتبر من ثلث ماله ودين الوصية يعتبر من الثلث.

(٣) وفي وجه يكون كالشريك مع الورثة، فهو ما إذا أوصى له بثلث ماله أو بربع ماله، فيكون مال الميت مشتركًا بينهما، ما هلك هلك بالحساب، وما بقي بقي بالحساب، وإنما

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ فَإِذَا عَمْرٌو مَيِّتٌ فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ)؛ لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يُزَاحِمُ الحَيَّ الَّذِي هُوَ مِنْ أَهْلِهَا، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ وَجِدَارٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ فَلَهُ نِصْفُ

يعتبر مال الموصي بعد موته لا قبل موته، حتى إذا أوصى بثلث ماله ولا مال له ثم استفاد مالًا ثم ماتَ فإنه يعطى ثلث ذلك للموصى له، وكذلك لو كان له عند الوصية مال كثير ثم هلك بعضه أو استهلك فإنه يعتبر ماله بعد موته.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ فَإِذَا عَمْرٌو مَيِّتٌ فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ؛ لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يُزَاحِمُ الحَيَّ، وبهذا التعليل خرج الجواب عمَّا لو أوردوا شبهة على هذه المسألة بان قالوا: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما لو أوصى لزيد وعمرو، وهما في الحياة ثم ماتَ الموصي ثم ماتَ أحدهما قبل موت الموصي كان للثانِي نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما.

وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث، ولكن هاهُنا كان النصف الآخر للموصي؛ لما أن في المسألة الأولى قد تمَّت الوصية لهما بموت الموصي، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه، كموت أحد الورثة بعد موت المورث.

وفي المسألة الثانية لمَّا مات أحدهما قبل موت الموصي بطلت حصته؛ لأن الوصية في معنى عقد مضاف إلى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية، ولم يوجد حين مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه، كما لو مات أحد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث؛ لأن الانقسام قد حصل بينهما عند الإيجاب لكون كل واحد منهما أهلًا لإيجاب الوصية له، فببطلان حق أحدهما لا يزداد نصيب الآخر، كما لو رد أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث.

هذا كله على خلاف مسألة الكتاب، فإن فيها للحي كل الثلث؛ لأن الميت ليس من أهل

الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عِنْدَهُ صَحِيحَةٌ لِعَمْرٍو فَلَمْ يَرْضَ لِلْحَيِّ إلَّا نِصْفَ الثُّلُثِ بِخِلَافِ مَا إذَا عَلِمَ بِمَوْتِهِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْمَيِّتِ لَغْوٌ فَكَانَ رَاضِيًا بِكُلِّ الثُّلُثِ لِلْحَيِّ، وَإِنْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَزَيْدٌ مَيِّتٌ كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ قَضِيَّةَ هَذَا اللَّفْظِ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الثُّلُثِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي لِزَيْدٍ وَسَكَتَ كَانَ لَهُ كُلُّ الثُّلُثِ، وَلَوْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ فُلَانٍ وَسَكَتَ لَمْ يَسْتَحِقَّ الثُّلُثَ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَا مَالَ لَهُ وَاكْتَسَبَ مَالًا اسْتَحَقَّ الْمُوصَى لَهُ ثُلُثَ

الوصية له فإنما ينتقص حقه بإثبات المزاحمة، ولم تثبت المزاحمة حين كان الآخر ميتاً فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال: ثلث مالي لفلان وللمولى، فالثلث كله لفلان، ويستوي إن كان الموصي يعلم بموت أحدهما أو لا يعلم، إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله قال: إذا كان لَا يَعْلَمُ بِمَوْتِهِ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ.

قوله: لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عِنْدَهُ - أي: عند الموصي - صَحِيحَةٌ لِعَمْرٍو فَلَمْ يَرْضَ لِلْحَيِّ إلَّا نِصْفَ الثُّلُثِ، ولكنا نقول: استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بانعدام المزاحمة للميت عند إيجاب الموصي، وفي هذا لا فرق بين علمه بموته وجهله.

وهذا بخلاف ما لو قال: بين فلان وفلان وأحدهما ميت فللآخر نصف الثلث؛ لأن كلمة (بين) تقتضي المناصفة، قال الله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، والمراد المناصفة بدليل قوله تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ۝١٥٥﴾ [الشعراء: ١٥٥]، فإذا صرح بما يوجب المناصفة كان موجباً لكل واحدٍ منهما نصف الثلث، هذا كله من «المبسوط».

قوله: وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَا مَالَ لَهُ وَاكْتَسَبَ مَالًا اسْتَحَقَّ الْمُوصَى لَهُ ثُلُثَ مَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ، هذا إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم

مَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ المَوْتِ)؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ عَقْدُ اسْتِخْلَافٍ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ وَيَثْبُتُ حُكْمُهُ بَعْدُ فَيُشْتَرَطُ وُجُودُ المَالِ عِنْدَ المَوْتِ لا قَبْلَهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ فَهَلَكَ ثُمَّ اكْتَسَبَ مَالًا لِمَا بَيَّنَّا. وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ الغَنَمُ قَبْلَ مَوْتِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فِي الأَصْلِ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِيجَابٌ بَعْدَ المَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُهُ حِينَئِذٍ، وَهَذِهِ الوَصِيَّةُ تَعَلَّقَتْ بِالعَيْنِ فَتَبْطُلُ بِفَوَاتِهِ عِنْدَ المَوْتِ،

المال، وأمَّا إذا كان معيناً في نوع من المال فالحكم بخلافه.

وقال في «الذخيرة»: حاصل هذا الفصل أن الموصى به إذا كان معيناً يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية، حتى أن من أوصى لإنسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوماً من الدهر لا تصح الوصية، وإن كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به، حتى لو هلك ذلك العين تبطل الوصية، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي، وإذا كان الموصى به موجودًا في ملك الموصي فالوصية لا تتعلق به حتى لا تبطل الوصية بهلاكه.

بيان هذا الأصل من المسائل:

إذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالًا غيره، فإن ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لم تبطل بهلاكه، وهذه وصية بشيء غير معين والموصى به شائع في جميع المال؛ وإنما كان كذلك لأن الميت لمَّا أوصى له بشيء غير معيَّن هو شائع في جميع المال فقد جعله بمنزلة أحد الورثة؛ لأن الوارث هو الذي يثبت حقه في جميع المال شائعاً، والوارث إنما يرث مال المورث يوم الموت لا ما كان موجودًا قبل الموت ولم يبق إلى يوم الموت.

ولو قال: أوصيتُ لك بثلث غنمي أو بشاة من غنمي، وليس في ملكه غنم لا تصح

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَاسْتَفَادَ ثُمَّ مَاتَ فَالصَّحِيحُ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بِلَفْظِ المَالِ تَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِاسْمِ نَوْعِهِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ وُجُودَهُ قَبْلَ المَوْتِ فَضْلٌ وَالمُعْتَبَرُ قِيَامُهُ عِنْدَ المَوْتِ؛ وَلَوْ قَالَ لَهُ شَاةٌ مِنْ مَالِي وَلَيْسَ لَهُ غَنَمٌ يُعْطِي قِيمَةَ شَاةٍ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى المَالِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ الوَصِيَّةُ بِمَالِيَّةِ الشَّاةِ إِذْ مَالِيَّتُهَا تُوجَدُ فِي مُطْلَقِ المَالِ، وَلَوْ أَوْصَى بِشَاةٍ وَلَمْ يُضِفْهُ إِلَى مَالِهِ وَلا غَنَمَ قِيلَ لا يَصِحُّ

الوصية، ولو كان في ملكه غنم تتعلق الوصية بها حتى لو هلك ذلك الأغنام تبطل الوصية، حتى لو حدث للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصى له من الأغنام الحادثة شيء، وهذه وصية بشيء غير معين والموصى به شائع في بعض ماله لا في جميع ماله؛ لأن الموصى به ثلث غنمه؛ وإنما كان كذلك لأنه لمَّا أوصى له بشاة شائعة في غنمه لا بشاة شائعة في جميع المال ما جعل الموصى له بمنزلة أحد الورثة؛ لأن حق الوارث لا يثبت في مال خاص من مال مورثه، بل جعله بمنزلة الموهوب له؛ لأن حق الموهوب له يثبت شائعـًا في مال خاص فيتعلق بالمال الموجود يومَ الوصية، كما تتعلق الهبة بالمال الموجود وقت الهبة، وإذا تعلقت بذلك المال تبطل بهلاكه ضرورة.

وكذلك لو قال: أوصيتُ لك بِهذه الشاة وهذه الشاة ليست في ملكه لا تصح الوصية، ولو كانت في ملكه تتعلق الوصية بها حتى تبطل بهلاكها، والمعنى ما ذكرنا أنه جعله بمنزلة الموهوب له.

ولو قال: أوصيتُ لك بشاة من مالي فإنه لا تتعلق الوصية بالشاة التي تكون له يوم الوصية، وإنما تتعلق بالشاة التي تكون في ماله يوم الموت؛ لأنه لمَّا أوصى له بشاة شائعة في جميع ماله فقد جعله بمنزلة أحد الورثة على ما ذكرنا، والوارث إنما يرث ماله يوم الموت لا ما كان موجودًا قبل الموت.

بخلاف ما لو قال: أوصيتُ لك بشاة من غنمي؛ لأنه لم يجعله بمنزلة الوارث لمَّا أوصى له بشاة شائعة في غنمه لا في جميع ماله، ثم لمَّا صحت الوصية بشاة من ماله،

لِأَنَّ المُصَحَّحَ إِضَافَتُهُ إِلَى المَالِ وَبِدُونِهَا تُعْتَبَرُ صُورَةُ الشَّاةِ وَمَعْنَاهَا، وَقِيلَ تَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ذَكَرَ الشَّاةَ وَلَيْسَ فِي مِلْكِهِ شَاةٌ عُلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ المَالِيَّةُ؛ وَلَوْ قَالَ شَاةٌ مِنْ غَنَمِي وَلا غَنَمَ لَهُ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى الغَنَمِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ عَيْنُ الشَّاةِ حَيْثُ جَعَلَهَا جُزْءًا مِنَ الغَنَمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى المَالِ، وَعَلَى هَذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ المَسَائِلِ.

وانصرفت الوصية إلى شاةٍ تكون في ماله يوم الموت إذا مات الموصي بعد ذلك وترك مالًا إن كان في ماله شاة، فالورثة بالخيار إن شاءوا دفعوا الشاة إليه، وإن شاءوا دفعوا قيمة الشاة؛ لأن تقدير الوصية كأنه قال: أوصيتُ لك بقدر شاةٍ من مالي؛ لأن الشاة لا توجد في جميع ماله، وإنما الذي يوجد في جميع ماله قدر الشاة؛ فعلمنا أنه أراد بذلك قدر الشاة كقوله عليه الصلاة والسلام: «في خمس من الإبل شاة»، تقديره في خمس من الإبل قدرُ الشاة؛ لأنه لا يوجد في خمس من الإبل عينُ الشاة وإنما يوجد قدرها، ثم لو نصَّ على قدر الشاة في الوصية كان للوارث الخيار بين إعطاء عين الشاة وبين إعطاء قيمتها كما في الزكاة، فكذلك هاهُنا.

وفي «المبسوط»: وإذا أوصى بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الأصل فالوصية باطلة، وكذلك العروض كلها؛ لأنه خص بالإيجاب جنسًا من ماله، وليس لهذا التخصيص فائدة سوى أن يكون المستحق بعض ذلك الجنس، وإذا لم يوجد ذلك الجنس في ملكه لم يجب له شيء لانعدام المحل الذي أوجب الوصية فيه.

وقوله: وَلَوْ قَالَ شَاةٌ مِنْ غَنَمِي وَلا غَنَمَ لَهُ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وأمَّا إذا قال: شاة من غنمي فهلكت أغنامه واشترى غنمًا أخرى يجب تنفيذ الوصية له في شاة منها؛ لأنه بنى الإيجاب على إضافة الغنم إليه لا على محل هو عين، فيعتبر وجود الإضافة عند موته، كما في قوله: ثلث مالي.

قوله: وَعَلَى هَذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ المَسَائِلِ، فمن تلك المسائل ما ذكره في «المبسوط» بقوله: لو قال: بقفيز حنطة من مالي أو بثوب من مالي، فإنه يصح الإيجاب وإن لم يكن ذلك

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَهُنَّ ثَلَاثٌ وَلِلْفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ مِنْ خَمْسَةِ أَسْهُمٍ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

في ملكه، بخلاف ما إذا قال: من حنطتي أو من ثيابي، فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له، والفرق ما ذكرناه.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ، إلى أن قال: وَأَصْلُهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ لِأُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ جَائِزَةٌ، قال الإمام قاضي خان، والإمام المحبوبي رحمهما الله: أمَّا جواز الوصية لأمهات أولاده؛ لأن أوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهنَّ حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن، كما لو أوصى لمدبر نفسه، أو مكاتب نفسه، بخلاف الهبة لأم الولد، أو الإقرار لها بالدين، حيث يبطل من المولى؛ لأنَّها باقية على ملكه وكسبها له بمنزلة كسب القن.

فإن قلتَ: أيةُ حاجة لهذين الإمامين إلى هذا التعليل في أم الولد بأنَّها تعتق بعد موت المولى، فكانت الوصية واقعةً للحرة مع أن الوصية بثلث ماله لعبد نفسه جائزة بدون هذا التكلف، ذكره في باب الوصية في العتق من وصايا «المبسوط»، والعبد لا يعتق بموت المولى؟

قلتُ: المعنى المجوز فيهما مختلف، ففي العبد إنما جازت الوصية له بثلث المال باعتبار أن الوصية تتناول ثلث رقبته فإن رقبته من ماله، فكانت الوصية بثلث ماله له بمنزلة إعتاقه ثلث رقبته، ولا خلاف لأحد في جواز إعتاق ثلث رقبته، إنما الخلاف في أنه يتجزي في الإعتاق أم لا يتجزي، وهو معروف.

وأمَّا أم الولد فإنَّها غير محتاجة إلى عتقها بسبب الوصية لها بثلث المال، بل تعتق هي بموت المولى وإن لم تكن الوصية لها بثلث المال، فكانت الوصية لها بثلث المال إنما تقع في مال غير رقبتها بمنزلة الوصية بثلث المال لحر آخر، فكانت الوصية لها بثلث المال عبارة عن تمليك مال مضاف إلى ما يصدر بعد الموت، فلا بُدَّ أن يكون أهلًا للتمليك والأهلية له إنما تثبت بالحرية فلا بدَّ من التعليل بذلك، وأمَّا الوصية لعبده بثلث ماله فعبارة عن إعتاق ثلث رقبته، فلا يحتاج إلى هذا التعليل.

وعن هذا قال في «الذخيرة» في جواز الوصية لأم ولده القياس والاستحسان لا في حق

وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُقَسَّمُ عَلَى سَبْعَةِ أَسْهُمٍ لَهُنَّ ثَلَاثَةٌ وَلِكُلِّ فَرِيقٍ سَهْمَانِ، وَأَصْلُهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ لِأُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ جَائِزَةٌ،

العبد، فقال: وإذا أوصى لأم ولده بثلث ماله في صحته أو في مرضه ثم ماتَ، فإنه تصح الوصية لها من الثلث، فهذا استحسان، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فإنما تستحق هي الوصية متى جازت لها الوصية بعد موت مولاها، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها، فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة، والوصية لأمته باطلة - أي: بشيء غير رقبتها -، إلا أنا جوزناها استحساناً؛ لأن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي؛ لأن الظاهر من حال الموصي أنه يقصد بالإيصاء وصية صحيحة لا باطلة، والوصية إنما تصح أن لو كانت مضافة إلى ما بعد عتقها.

فإن قلتَ: إذا أوصى لأمهات أولاده وله أمهات أولاد عتقن في حياته، وأمهات أولاد عتقن بموته، فالوصية للاتِي عتقن بموته لا للاتِي عتقن في حياته، هكذا ذكر المسألة في الفصل الثامن من وصايا «الذخيرة»، والقياس يقتضي أن ينعكس الحكم؛ لأن الوصية بالمال للحر لا للعبد، فمن أين وقع هذا الفرق؟

قلتُ: إنما وقع من قبل أن أم الولد إذا أعتقت في حال الحياة فصارت مولاة، وتسمى في العرف مولاة لا أم الولد، ألا ترى أنه لم يبق فيها معنى أمومية الولد وهو استحقاق العتق بموت المولى، فانصرفت الوصية إلى أمهات الأولاد وقت الموت؛ لأنَّهن هنَّ يفهمن بأمهات الأولاد، وإن لم يكن له إلا أمهات أولاد عتقن في حياته فالوصية لهن؛ لأنه لم يوجد هاهُنا من هو أوْلَى منهن وهو أمهات أولاده على الحقيقة.

فإن قلتَ: فهل تصح الوصية لعبده بالمال مطلقاً أم لا؟

قلتُ: الوصية لعبده لا تخلو من أربعة أوجه:

(١) إمَّا أن أوصى لعبده بدراهم مسماة، أو بشيءٍ من ماله مسمى نحو عرض، أو دابة، وما أشبه ذلك، فإنه لا يجوز.

وَالفُقَرَاءُ وَالمَسَاكِينُ جِنْسَانِ، وَفَسَّرْنَاهُمَا فِي الزَّكَاةِ،

(٢) وإمَّا أن أوصى له بشيءٍ من رقبته نحو الثلث والربع فإنه يصح، والفرق بينهما هو ما ذكرنا هو أن الوصية له بثلث رقبته بمنزلة إعتاقه ثلث رقبته، والعبد أهل لِأَن يملك رقبته فيعتق فتصح الوصية له بالرقبة كما تصح لغيره، وأمَّا هو فليس من أهل أن يملك مالًا آخر سوى رقبته قبل العتق فلا تصح الوصية له بمال آخر، ثم لمَّا صحت الوصية له بشيءٍ من رقبته نصف، أو ثلث، أو نحوه عتق المسمى من رقبته وسعى في الفضل على قول أبي حنيفة رحمه الله، سواء كان الفضل على المسمى يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج؛ لأن الإعتاق عنده يتجزي؛ لأن الوصية له بنصف رقبته، وقول المولى له: أعتقتُ نصفك سواء، وهناك يعتق المسمى لا غير عنده فكذا هاهُنا، وعندهما يعتق الكل من غير سعاية إذا كان يخرج من الثلث، فكذا هاهُنا.

(٣) وإما أن أوصى له بثلث ماله فقد ذكرنا أنه جائز؛ لأن ذلك في المعنى بمنزلة وصيته بثلث رقبته؛ لأن رقبته من ماله، ولمَّا جازت الوصية له بثلث رقبته باعتبار أنه عبارة عن إعتاق ثلث رقبته فيجوز هناك، كذا هنا.

(٤) وإمَّا أن أوصى لعبده بألف أو بألفين مرسلًا من غير إشارةٍ إلى رقبته، أو إلى دراهم مسماة، فلا رواية في هذا عن أصحابنا، ولقائل أن يجعل ذلك بمنزلة الوصية بعين من أعيان ماله، ولقائل أن يجعله بمنزلة الوصية بالثلث، هذا كله من «الذخيرة».

قوله: وَالفُقَرَاءُ وَالمَسَاكِينُ جِنْسَانِ، بدليل العطف في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠]، والعطف يقتضي المغايرة.

وفي «الأمالي» عن أبي يوسف رحمه الله ما يخالف هذا فقال: إن من أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يقسم الثلث بينهم على ثلاثة أسهم: سهم لفلان، وسهم للفقراء، وسهم للمساكين، وقال أبو يوسف رحمه الله: فأمَّا أنا فأجعل ثلث ماله على سهمين: سهم لفلان، وسهم للفقراء والمساكين، فأبو يوسف جعل الفقير والمسكين اسمًا واحدًا من حيث المعنى، كذا في «المغني».

لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المَذْكُورَ لَفْظُ الجَمْعِ وَأَدْنَاهُ فِي المِيرَاثِ اثْنَانِ نَجِدُ ذَلِكَ فِي القُرْآنِ فَكَانَ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ اثْنَانِ وَأُمَّهَاتُ الأَوْلَادِ ثَلَاثٌ فَلِهَذَا يُقْسَمُ عَلَى سَبْعَةٍ. وَلَهُمَا أَنَّ الجَمْعَ المُحَلَّى بِالأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الجِنْسُ، وَأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ الأَدْنَى مَعَ احْتِمَالِ الكُلِّ، لا سِيَّمَا عِنْدَ تَعَذُّرِ صَرْفِهِ إِلَى الكُلِّ فَيُعْتَبَرُ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ وَاحِدٌ فَبَلَغَ الحِسَابُ خَمْسَةً وَالثَّلَاثَةُ لِلثَّلَاثِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ فَنِصْفُهُ لِفُلَانٍ وَنِصْفُهُ لِلْمَسَاكِينِ عِنْدَهُمَا) وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ثُلُثُهُ لِفُلَانٍ وَثُلُثَاهُ لِلْمَسَاكِينِ، وَلَوْ أَوْصَى لِلْمَسَاكِينِ لَهُ صَرْفُهُ إِلَى مِسْكِينٍ وَاحِدٍ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ لا يُصْرَفُ إِلَّا إِلَى مِسْكِينَيْنِ بِنَاءً عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

قوله: لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَذْكُورَ لَفْظُ الجَمْعِ وَأَدْنَاهُ فِي المِيرَاثِ اثْنَانِ، وإنما قيد بقوله: فِي المِيرَاثِ، احترازًا عن فصل الزكاة، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بإجماع من أصحابنا، ثم لمَّا كان لفظ الجمع في الميراث مصروفًا إلى الاثنين، والوصية في معنى الميراث من حيث أن كلًّا منهما تمليك المال بعد الموت، فكان الجمع مصروفًا هناك أيضًا إلى الاثنين.

قوله: نَجِدُ ذَلِكَ فِي القُرْآنِ، وهو قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]، فالمراد من الإخوة الاثنان فصاعدًا.

قوله: فَكَانَ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ اثْنَانِ، أي: من كل فريقي الفقراء والمساكين من كل واحدٍ اثنان فصار أربعة، والأربعة مع ثلاث أمهات الأولاد سبعة.

قوله: وَأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ الأَدْنَى مَعَ احْتِمَالِ الكُلِّ؛ لأن حكم الجنس كذلك، ألا ترى أنه لو حلف أن لا يتزوج النساء، أو لا يشرب المياه، فشرب قطرة واحدة، أو تزوج امرأة واحدة حنثَ في يمينه، وإذا انصرف الاسم إلى الأدنى وهو الواحد قسم الثلث على عدد الرءوس

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَلِآخَرَ بِمِائَةٍ ثُمَّ قَالَ لِآخَرَ قَدْ أَشْرَكْتُكَ مَعَهُمَا فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ)؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ لِلْمُسَاوَاةِ لُغَةً، وَقَدْ أَمْكَنَ إِثْبَاتُهُ بَيْنَ الكُلِّ بِمَا قُلْنَاهُ لِاتِّحَادِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثَا مِائَةٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَرْبَعِمِائَةٍ وَلِآخَرَ بِمِائَتَيْنِ ثُمَّ كَانَ الإِشْرَاكُ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ تَحْقِيقُ المُسَاوَاةِ بَيْنَ الكُلِّ لِتَفَاوُتِ المَالَيْنِ فَحَمَلْنَاهُ عَلَى مُسَاوَاتِهِ كُلَّ وَاحِدٍ بِتَنْصِيفِ نَصِيبِهِ عَمَلًا

وهو خمسة فكانت القسمة على خمسة أسهم.

قوله: ثُمَّ قَالَ لِآخَرَ قَدْ أَشْرَكْتُكَ مَعَهُمَا فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ، وهذا استحسان، وفي القياس له نصف كل مائة؛ لأن لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء: ١٢]، وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة، وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة.

وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم، وإنما تثبت المساواة بينهم إذا أخذ من كل واحدٍ منهما ثلث المائة، أمَّا إذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حتى حصل له مائة لا تثبت المساواة بينهم، فعُلِم بهذا أنه أشرك معهما جملةً واحدةً، فلا يعتبر بإشراكه إيَّاه مع كل واحد منهما منفردًا.

قوله: ثُمَّ كَانَ الإِشْرَاكُ، أي: قال للثالث: قد أشركتك معهما فيما أوصيتُ لهما، كان له النصف من كل واحدٍ منهما جميعًا؛ لأنه حين فاوت بين الأولين ثم أشرك الثالث معهما علم أنه لم يرد بالإشراك التسوية بينهم من كل وجه جملة، بل أراد بهذا الإشراك التسوية بينه وبين كل واحد منهما فيما أوصى لكل واحدٍ منهما على الانفراد فأخذ فيه بالقياس.

وإن أوصى لأحدهما بجارية ولآخر بجارية أخرى وقيمتهما سواء ثم قال لآخر: قد أشركتك معهما، فله الثلثُ من كل واحدة منهما عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة رحمهم الله من كل واحدةٍ منهما نصفها؛ لأنه لا يرى قسمة الرقيق فصارت بمنزلة وصيتين

بِاللَّفظِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دَيْنٌ فَصَدِّقُوهُ) مَعْنَاهُ قَالَ ذَلِكَ لِوَرَثَتِهِ (فَإِنَّهُ يُصَدَّقُ إِلَى الثُّلُثِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ لا يُصَدَّقُ؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ بِالمَجْهُولِ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا لَكِنَّهُ لا يُحْكَمُ بِهِ إِلَّا بِالبَيَانِ وَقَوْلُهُ فَصَدِّقُوهُ صَدَرَ مُخَالِفًا لِلشَّرْعِ؛ لِأَنَّ المُدَّعِيَ لا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ فَتَعَذَّرَ إِثْبَاتُهُ إِقْرَارًا مُطْلَقًا فَلَا يُعْتَبَرُ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ مِنْ قَصْدِهِ تَقْدِيمَهُ عَلَى الوَرَثَةِ وَقَدْ أَمْكَنَ تَنْفِيذُ قَصْدِهِ بِطَرِيقِ الوَصِيَّةِ وَقَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مَنْ يَعْلَمُ بِأَصْلِ الحَقِّ عَلَيْهِ دُونَ مِقْدَارِهِ سَعْيًا مِنْهُ فِي تَفْرِيغِ ذِمَّتِهِ،

مختلفتين، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوزان قسمة الرقيق، فصار كأنه أوصى بالألف لهذا وبالألف لهذا، ثم أشرك ثالثاً معهما، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله تعالى.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دَيْنٌ فَصَدِّقُوهُ، إلى آخره، وقد قال أصحابنا هذه المسألة وفيها شبهة؛ لأنه لم يُجعل هذا الإقرار كالدين وكالوصية بل جُعِل أضعف منهما، ألا ترى أنه لا يمنع القسمة كالدين، ولم يوجب مشاركة الموصى له كسائر الوصية، فكان للواجب أن يكون أقوى من الوصية؛ لأنه أخذ شبهاً من الدين ومن الوصية، فإن أقرَّ المريضُ مع ذلك بدينٍ مسمًّى فالمسمى أَوْلَى.

ولو قال: كل من يدعي عليَّ شيئاً فأعطوه فهو باطل، إلا أن يقول: إن رأى الوصي أن يعطيه فأعطوه فحينئذٍ يعطى من الثلث، وكذا لو قال: احبسوا إليَّ ألفاً فمن ادعى عليَّ شيئاً فادفعوا إليه لم يجز، إلا أن يقول: إن رأى الوصي، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَقَوْلُهُ فَصَدِّقُوهُ صَدَرَ مُخَالِفًا لِلشَّرْعِ؛ لأنه أمرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي من غير حجة.

فَبِجَعْلِهَا وَصِيَّةً جَعَلَ التَّقْدِيرَ فِيهَا إِلَى المُوصَى لَهُ كَأَنَّهُ قَالَ إِذَا جَاءَكُمْ فُلَانٌ وَادَّعَى شَيْئًا فَأَعْطُوهُ مِنْ مَالِي مَا شَاءَ، وَهَذِهِ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الثُّلُثِ فَلِهَذَا يُصَدَّقُ عَلَى الثُّلُثِ دُونَ الزِّيَادَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَوْصَى بِوَصَايَا غَيْرِ ذَلِكَ يُعْزَلُ الثُّلُثُ لِأَصْحَابِ الوَصَايَا وَالثُّلُثَانِ لِلْوَرَثَةِ)؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُمْ مَعْلُومٌ. وَكَذَا الوَصَايَا مَعْلُومَةٌ وَهَذَا مَجْهُولٌ فَلَا يُزَاحِمُ المَعْلُومَ فَيُقَدَّمُ عَزْلُ المَعْلُومِ، وَفِي الإِفْرَازِ فَائِدَةٌ أُخْرَى وَهُوَ أَنَّ أَحَدَ الفَرِيقَيْنِ قَدْ يَكُونُ أَعْلَمَ بِمِقْدَارِ هَذَا الحَقِّ وَأَبْصَرَ بِهِ، وَالآخَرُ أَلَدُّ خِصَامًا، وَعَسَاهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِي الفَضْلِ إِذَا ادَّعَاهُ الخَصْمُ وَبَعْدَ الإِفْرَازِ يَصِحُّ إِقْرَارُ كُلِّ وَاحِدٍ فِيمَا فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ مُنَازَعَةٍ (وَإِذَا عَزَلَ يُقَالُ لِأَصْحَابِ الوَصَايَا صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ وَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ)؛ لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ وَصِيَّةٌ فِي حَقِّ التَّنْفِيذِ، فَإِذَا أَقَرَّ كُلُّ فَرِيقٍ بِشَيْءٍ ظَهَرَ أَنَّ فِي التَّرِكَةِ دَيْنًا شَائِعًا فِي النَّصِيبَيْنِ (فَيُؤْخَذُ أَصْحَابُ الثُّلُثِ بِثُلُثِ مَا أَقَرُّوا وَالوَرَثَةُ بِثُلُثَيْ مَا أَقَرُّوا) تَنْفِيذًا لِإِقْرَارِ كُلِّ فَرِيقٍ فِي قَدْرِ حَقِّهِ وَعَلَى كُلِّ فَرِيقٍ مِنْهُمَا اليَمِينُ عَلَى العِلْمِ إِنِ ادَّعَى المُقَرُّ لَهُ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى مَا جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ.

قوله: فَبِجَعْلِهَا - أي: فبجعل هذه الوصية - وَصِيَّةً جَعَلَ التَّقْدِيرَ فِيهَا إِلَى المُوصَى لَهُ، وقوله: جَعَلَ التَّقْدِيرَ، صفة للنكرة وهي: وَصِيَّةً، أي: وصيةً مجعولًا التقديرُ فيها إلى الموصى له، كما في قوله تعالى: ﴿قَوْلٌ مَّعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِّن صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَآ أَذًى﴾ [البقرة: ٢٦٣].

قوله: وَكَذَا الوَصَايَا مَعْلُومَةٌ وَهَذَا مَجْهُولٌ، فأمَّا هذا فليس بدين معلوم، ولا وصية معلومة، لكنه دَيْنٌ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ وَصِيَّةٌ فِي حَقِّ التَّنْفِيذِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ فَلِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الوَارِثِ)؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَمْلِكُ الإِيصَاءَ بِهِ وَبِمَا لا يَمْلِكُ فَصَحَّ فِي الأَوَّلِ وَبَطَلَ فِي الثَّانِي، بِخِلَافِ مَا إذَا أَوْصَى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ؛ لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يَصْلُحُ مُزَاحِمًا فَيَكُونُ الكُلُّ لِلْحَيِّ وَالوَارِثُ مِنْ أَهْلِهَا وَلِهَذَا تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ فَافْتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا إذَا أَوْصَى لِلْقَاتِلِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إذَا أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ لِوَارِثِهِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ حَيْثُ لا يَصِحُّ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ إنْشَاءُ تَصَرُّفٍ وَالشَّرِكَةَ تُثْبِتُ حُكْمًا لَهُ فَتَصِحُّ فِي حَقِّ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُمَا وَأَمَّا الإِقْرَارُ فَإِخْبَارٌ عَنْ كَائِنٍ، وَقَدْ أَخْبَرَ بِوَصْفِ الشَّرِكَةِ فِي المَاضِي، وَلَا وَجْهَ إلَى إثْبَاتِهِ بِدُونِ هَذَا الوَصْفِ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ مَا أَخْبَرَ بِهِ، وَلَهَا إلَى إثْبَاتِ الوَصْفِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ الوَارِثُ فِيهِ شَرِيكًا؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ قَبَضَ الأَجْنَبِيُّ شَيْئًا كَانَ لِلْوَارِثِ أَنْ يُشَارِكَهُ فَيَبْطُلَ فِي ذَلِكَ

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إذَا أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ، وقوله: وَهَذَا، إشارة إلى الإيصاء المذكور في قوله: وَمَنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ فَلِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ، وأما هاهُنا - أي: في صورة إقرار المريض لوارثه وللأجنبي بالدين - فلا يصح إقراره أصلًا للأجنبي ولا للوارث، والفرق أن الإقرار إخبار فلو صح إقراره للأجنبي حيث يثبتُ المخبَرُ به وهو الدين المشترك؛ لأنه أقرَّ بدين مشترك فيثبت كذلك، فما من شيء يأخذه الأجنبي إلا وللوارث حق المشاركة فيه فيصير إقرارًا للوارث، أمَّا الوصية فتمليك مبتدأٌ لهما؛ فببطلان التمليك لأحدهما لا يبطل التمليك للآخر.

وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله: هذا الذي ذكره من حكم البطلان في الإقرار فيما إذا تصادقا، أمَّا إذا أنكر الأجنبي شركة الوارث، أو الوارث أنكر شركة الأجنبي فالإقرار باطل أيضًا، وقال محمد رحمه الله: يصح في حصة الأجنبي؛ لأن الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان

الْقَدْرِ ثُمَّ لا يَزَالُ يَقْبِضُ وَيُشَارِكُهُ الْوَارِثُ حَتَّى يَبْطُلَ الْكُلُّ فَلَا يَكُونُ مُفِيدًا وَفِي الْإِنْشَاءِ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا مُمْتَازَةٌ عَنْ حِصَّةِ الْآخَرِ بَقَاءً وَبُطْلَانًا.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ جَيِّدٌ وَوَسَطٌ وَرَدِيءٌ فَأَوْصَى بِكُلِّ وَاحِدٍ لِرَجُلٍ فَضَاعَ ثَوْبٌ وَلَا يَدْرِي أَيَّهَا هُوَ وَالْوَرَثَةُ تَجْحَدُ ذَلِكَ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ) وَمَعْنَى جُحُودِهِمْ أَنْ يَقُولَ الْوَارِثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ الثَّوْبُ الَّذِي هُوَ حَقُّكَ قَدْ هَلَكَ فَكَانَ الْمُسْتَحَقُّ مَجْهُولًا وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَضَاءِ وَتَحْصِيلَ الْمَقْصُودِ فَبَطَلَ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَ الْوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ، فَإِنْ سَلَّمُوا زَالَ الْمَانِعُ وَهُوَ الْجُحُودُ

حق شريكه، فبطل في نصيبه وثبت في نصيب الآخر.

ولهما أن حق الوارث لم يعر عن حق الأجنبي، وإنما أوجبه مشتركاً بينهما فبطل كما بيناه.

قوله: بَقَاءً وَبُطْلَانًا، أي: بقاءً في حق الأجنبي وبطلاناً في حق الوارث، أي: تبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبي وتبطل في حق الوارث، لامتياز حصة كل واحد منهما عن حصة الآخر.

قوله: وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ جَيِّدٌ وَوَسَطٌ وَرَدِيءٌ، يخرج من ثلث ماله فأوصى بكل ثوب لرجل بعينه، ثم مات الموصي فهلك أحد الأثواب ولا يدري أي الأثواب هلك، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، يريد بهذا أن الورثة يجحدون بقاء حق واحدٍ منهم بعينه ويقولون: حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه، فلا نسلم إليكم شيئاً فالوصية باطلة؛ لأنه إذا لم يعلم بقاء حق واحد منهم بعينه لا فائدة في بقائها فبطل، كذا ذكره الصدر الشهيد، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: فَكَانَ الْمُسْتَحَقُّ مَجْهُولًا - كما إذا أوصى لأحد هذين الرجلين فإن الوصية باطلة؛ لما قلنا أن المستحق مجهول - وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَضَاءِ وَتَحْصِيلَ الْمَقْصُودِ، وهو إتمام غرض الموصي.

فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الجَيِّدِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الأَجْوَدِ، وَلِصَاحِبِ الأَوْسَطِ ثُلُثُ الجَيِّدِ وَثُلُثِ الأَدْوَنِ فَثَبَتَ الأَدْوَنُ، وَلِصَاحِبِ الأَدْوَنِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الأَدْوَنِ)؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الجَيِّدِ لا حَقَّ لَهُ فِي الرَّدِيءِ بِيَقِينٍ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَسَطًا أَوْ رَدِيئًا وَلا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَصَاحِبَ الرَّدِيءِ لا حَقَّ لَهُ فِي الجَيِّدِ البَاقِي بِيَقِينٍ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ جَيِّدًا أَوْ وَسَطًا وَلا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّدِيءُ هُوَ الرَّدِيءُ الأَصْلِيُّ فَيُعْطَى مِنْ مَحِلِّ الِاحْتِمَالِ، وَإِذَا ذَهَبَ ثُلُثَا الجَيِّدِ وَثُلُثَا الأَدْوَنِ لَمْ يَبْقَ إِلَّا ثُلُثُ الجَيِّدِ

قوله: فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الجَيِّدِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الأَجْوَدِ، أي: الأجود الحالي، ولا نعلم أن هذا الأجود الحالي هو الأجود الأصلي، أو هو الوسط الذي صار هو الأجود في الحال.

قوله: لِأَنَّ صَاحِبَ الجَيِّدِ لا حَقَّ لَهُ فِي الرَّدِيءِ بِيَقِينٍ؛ لِأَنَّهُ، أي: لأن الرديء الباقي.

قوله: وَصَاحِبَ الرَّدِيءِ لا حَقَّ لَهُ فِي الجَيِّدِ البَاقِي بِيَقِينٍ؛ لِأَنَّهُ، أي: لأن الجيد الباقي.

قوله: وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّدِيءُ هُوَ الرَّدِيءُ الأَصْلِيُّ فَيُعْطَى مِنْ مَحِلِّ الِاحْتِمَالِ، إلى آخره، أي: يعطى لكل واحد منهم الثلثان؛ لأن التسوية بينهم واجبة؛ لأن الكل في بطلان حقه وبقائه على السواء، ولمَّا كان كذلك عينا حق كل واحدٍ في كل واحدٍ في محل يحتمل أنه يكون حقه، والاثنان إذا قسم على الثلاث يصيب كل واحد الثلثان، ولمَّا أخذ صاحب الجيد وصاحب الرديء ثلثي كل واحد منهما تعيَّن حق كل صاحب الوسط في ثلث كل واحد منهما، هذا إذا ابتُدئ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء، ولو ابتدئ بتعليل جانب صاحب الوسط له وجهٌ آخر وهو أن يقول: إن الهالكَ إن كان أرفع من الباقين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما، وإن كان الهالك أردى من الباقين فحق صاحب الوسط في الرديء منهما، فحقه يتعلق بهذا مرة ومرة بالآخر، وإن كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقين، فإذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد منهما، بقيَ صاحب الجيّد وصاحب الرديء، فصاحب الجيّد يدعي الجيد ولا يدعي

وَثُلُثُ الرَّدِيءِ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ صَاحِبِ الوَسَطِ فِيهِ بِعَيْنِهِ ضَرُورَةً.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَوْصَى أَحَدُهُمَا بِبَيْتٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ فَإِنَّهَا تُقْسَمُ، فَإِنْ وَقَعَ البَيْتُ فِي نَصِيبِ المُوصِي فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ نِصْفُهُ لِلْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ فَلِلْوَصِيِّ لَهُ مِثْلُ ذِرْعِ البَيْتِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ البَيْتِ، لَهُ أَنَّهُ أَوْصَى بِمِلْكِهِ وَبِمِلْكِ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الدَّارَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا مُشْتَرَكَةٌ فَيَنْفُذُ الأَوَّلُ وَيُوقَفُ الثَّانِي، وَهُوَ أَنَّ مِلْكَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالقِسْمَةِ الَّتِي هِيَ مُبَادَلَةٌ لا تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ السَّالِفَةُ، كَمَا إذَا أَوْصَى بِمِلْكِ الغَيْرِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، ثُمَّ إذَا اقْتَسَمُوهَا وَوَقَعَ البَيْتُ فِي نَصِيبِ المُوصِي تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِي عَيْنِ المُوصَى بِهِ وَهُوَ نِصْفُ البَيْتِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ لَهُ مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ البَيْتِ تَنْفِيذًا لِلْوَصِيَّةِ فِي بَدَلِ المُوصَى بِهِ عِنْدَ فَوَاتِهِ كَالجَارِيَةِ المُوصَى بِهَا إذَا قُتِلَتْ خَطَأً تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِي بَدَلِهَا، بِخِلَافِ مَا إذَا بِيعَ العَبْدُ المُوصَى بِهِ حَيْثُ لا تَتَعَلَّقُ الوَصِيَّةُ بِثَمَنِهِ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالإِقْدَامِ عَلَى البَيْعِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلا تَبْطُلُ بِالقِسْمَةِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ فِيهِ بِالقِسْمَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بِقَصْدِ الإِيصَاءِ

الرديء؛ لأنه لا حق له فيه قطعاً، وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الرديء لصاحب الرديء، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: كَمَا إذَا أَوْصَى بِمِلْكِ الغَيْرِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فإنه لا تصح وصيته.

قوله: تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِي عَيْنِ المُوصَى بِهِ وَهُوَ نِصْفُ البَيْتِ؛ لأنه لا يملك وقت الإيصاء إلا النصف.

بِمِلْكٍ مُنْتَفَعٍ بِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَذَلِكَ يَكُونُ بِالقِسْمَةِ؛ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالمُشَاعِ قَاصِرٌ وَقَدِ اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ فِي جَمِيعِ البَيْتِ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِيهِ، وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ فِي هَذِهِ القِسْمَةِ تَابِعٌ، وَإِنَّمَا المَقْصُودُ الإِفْرَازُ تَكْمِيلًا لِلْمَنْفَعَةِ وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى القِسْمَةِ فِيهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الإِفْرَازِ يَصِيرُ كَأَنَّ البَيْتَ مِلْكُهُ مِنَ الِابْتِدَاءِ.

وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ تَنْفُذُ فِي قَدْرِ ذُرْعَانِ جَمِيعِهِ مِمَّا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ، إِمَّا لِأَنَّهُ عِوَضُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ لِأَنَّ مُرَادَ المُوصِي مِنْ ذِكْرِ البَيْتِ التَّقْدِيرُ بِهِ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِهِ مَا أَمْكَنَ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ البَيْتُ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ جَمْعًا بَيْنَ الجِهَتَيْنِ

قوله: وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ فِي هَذِهِ القِسْمَةِ تَابِعٌ، فإن قلتَ: كيف قيد بقوله: فِي هَذِهِ القِسْمَةِ، مع أنه ذكر في كتاب القسمة: وَالإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي المَكِيلَاتِ وَالمَوْزُونَاتِ ... وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ وَالعُرُوضِ، وهذا الذي نحن فيه من العروض، فلمَّا كان معنى المبادلة هو الظاهر فيها لا يكون هو تابعـًا فيها، فما وجه التوفيق؟

قلتُ: وجه ما ذكر هناك أيضـًا بعد قوله: وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي العُرُوضِ، بقوله: إِلَّا أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْبَرَ القَاضِي عَلَى القِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ، والذي نحن فيه من جنس واحدٍ، فكان معنى المبادلة فيه تابعـًا كما ذكر هنا؛ لأن الجبر لا يجري في المبادلة، ومعنى قوله هناك: وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ وَالعُرُوضِ، أي: إذا لم يكن من جنس واحدٍ.

وذكر الإمام قاضي خان: ولهما أن القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وإن كانت مبادلة من وجه، حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة لو اشتريا دارًا واقتسما لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى، فهي إفراز في حق بعض الأحكام، ألا ترى أنه يجبر عليها، ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناءً، ثم استحق الأرض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء،

التَّقْدِيرِ وَالتَّمْلِيكِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ عَمِلْنَا بِالتَّقْدِيرِ؛ أَوْ لِأَنَّهُ أَرَادَ التَّقْدِيرَ عَلَى اعْتِبَارِ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ وَالتَّمْلِيكَ بِعَيْنِهِ عَلَى اعْتِبَارِ الوَجْهِ الآخَرِ، كَمَا إِذَا عَلَّقَ عِتْقَ الوَلَدِ وَطَلَاقَ المَرْأَةِ بِأَوَّلِ وَلَدٍ تَلِدُهُ أَمَتُهُ، فَالمُرَادُ فِي جَزَاءِ الطَّلَاقِ مُطْلَقُ الوَلَدِ وَفِي العِتْقِ وَلَدٌ حَيٌّ، ثُمَّ إِذَا وَقَعَ البَيْتُ فِي نَصِيبِ غَيْرِ المُوصِي وَالدَّارُ مِائَةُ ذِرَاعٍ وَالبَيْتُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ يُقْسَمُ نَصِيبُهُ بَيْنَ المُوصَى لَهُ وَبَيْنَ الوَرَثَةِ عَلَى عَشَرَةِ أَسْهُمٍ: تِسْعَةٌ مِنْهَا لِلْوَرَثَةِ وَسَهْمٌ لِلْمُوصَى لَهُ، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَيَضْرِبُ المُوصَى لَهُ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ نِصْفِ البَيْتِ وَهُمْ بِنِصْفِ الدَّارِ سِوَى البَيْتِ وَهُوَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ فَيُجْعَلُ كُلُّ خَمْسَةٍ سَهْمًا فَيَصِيرُ عَشَرَةً، وَعِنْدَهُمَا يُقْسَمُ عَلَى أَحَدَ عَشَرَ سَهْمًا؛ لِأَنَّ المُوصَى لَهُ يَضْرِبُ بِالعَشَرَةِ وَهُمْ بِخَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ فَتَصِيرُ السِّهَامُ أَحَدَ عَشَرَ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمَانِ وَلَهُمْ تِسْعَةٌ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الوَصِيَّةِ إِقْرَارٌ قِيلَ هُوَ عَلَى الخِلَافِ،

ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة، والمشتري إذا قاسم البائع لم يكن للشفيع نقض القسمة، ولو كانت القسمة مبادلة لكانت الأحكام على عكسها، فثبتَ أنَّها إفراز من وجه، مبادلة من وجه، فيجعل إفرازًا في حكم الوصية تصحيحاً للوصية؛ لأن مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت، ولهذا صحت الوصية بمعدوم على خطر الوجود كالثمر، والغلة، وإذا جعلت القسمة إفرازًا ظهر أنه أوصى بما يملك، فإذا وقع البيت في نصيب الميت سلم البيت للموصى له، وإن وقع البيت في نصيب الشريك فله عوضه.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ أَرَادَ التَّقْدِيرَ عَلَى اعْتِبَارِ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ - وهو في وقوعه في نصيب الشريك - وَالتَّمْلِيكَ بِعَيْنِهِ عَلَى اعْتِبَارِ الوَجْهِ الآخَرِ، وهو في وقوعه في نصيبه.

قوله: فَتَصِيرُ السِّهَامُ أَحَدَ عَشَرَ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمَانِ وَلَهُمْ تِسْعَةٌ، فإن قيل: ينبغي أن يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم: سهم للموصى له وأربعة

وَقِيلَ لا خِلَافَ فِيهِ لِمُحَمَّدٍ. وَالفَرْقُ لَهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِمِلْكِ الغَيْرِ صَحِيحٌ، حَتَّى إِنَّ مَنْ أَقَرَّ بِمِلْكِ الغَيْرِ لِغَيْرِهِ ثُمَّ مَلَكَهُ يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى المُقَرِّ لَهُ، وَالوَصِيَّةُ بِمِلْكِ الغَيْرِ لا تَصِحُّ، حَتَّى لَوْ مَلَكَهُ بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ ثُمَّ مَاتَ لا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ وَلا تَنْفُذُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى مِنْ مَالِ رَجُلٍ لِآخَرَ بِأَلْفٍ بِعَيْنِهِ فَأَجَازَ صَاحِبُ المَالِ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي فَإِنْ دَفَعَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ)؛ لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِمَالِ الغَيْرِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَإِذَا أَجَازَ يَكُونُ تَبَرُّعًا مِنْهُ أَيْضًا فَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ التَّسْلِيمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ وَأَجَازَتِ الوَرَثَةُ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ فِي مَخْرَجِهَا صَحِيحَةٌ

للورثة؛ لأنه إنَّما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين.

قلنا: زعم الورثةُ أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكاً بمذهب محمدٍ رحمه الله، وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين، فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهماً فصار الكل أحد عشر.

قوله: وَقِيلَ لا خِلَافَ فِيهِ، بل قول محمد رحمه الله في الإقرار كقولهما في الوصية.

قوله: وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ، أي: ولصاحب المال أن يمنع ما أجازه عن الدفع وإن كان بعد الإجازة؛ لأن هذا هبة من صاحب المال، والهبة لا تتم بدون التسليم وإن دفع تمت الهبة، وإلا فلا.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ فَأَجَازَتِ الوَرَثَةُ، يعني: بعد موت الموصي، ثم أرادوا أن يمتنعوا من التسليم لا يكون لهم ذلك؛ لأن الوصية هاهُنا صادفت محلها وهو ملك الموصي، إلا أن للوارث حق الإبطال فيما زاد على الثلث فكانت إجازته إسقاطاً لحقه، والإسقاط يتم بنفسه فسلم المال للموصى له من جهة الميت.

أمَّا في مسألتنا فالوصية صادفت مال الغير فتوقفت على الإجازة، وعند الإجازة تصير هبة من جهة صاحب المال فلا تتم قبل التسليم، كذا في شروح «الجامع الصغير».

لِمُصَادِفَتِهَا مِلْكَ نَفْسِهِ وَالِامْتِنَاعِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ، فَإِذَا أَجَازُوهَا سَقَطَ حَقُّهُمْ فَنَفَذَ مِنْ جِهَةِ المُوصِي.

قَالَ: (وَإِذَا اقْتَسَمَ الِابْنَانِ تَرِكَةَ الأَبِ أَلْفًا ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ أَنَّ الأَبَ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ مَالِهِ فَإِنَّ المُقِرَّ يُعْطِيهِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالثُّلُثِ لَهُ تَضَمَّنَ إِقْرَارَهُ بِمُسَاوَاتِهِ إِيَّاهُ، وَالتَّسْوِيَةُ فِي إِعْطَاءِ النِّصْفِ لِيَبْقَى لَهُ النِّصْفُ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِثُلُثٍ شَائِعٍ فِي التَّرِكَةِ وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا فَيَكُونُ مُقِرًّا بِثُلُثِ مَا فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِدَيْنٍ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى المِيرَاثِ فَيَكُونُ مُقِرًّا بِتَقْدِيمِهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ، أَمَّا المُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ شَرِيكُ الوَارِثِ فَلَا يُسَلَّمُ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَاهُ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَرُبَّمَا يُقِرُّ الِابْنُ الآخَرُ بِهِ أَيْضًا فَيَأْخُذُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَيَصِيرُ نِصْفَ التَّرِكَةِ فَيُزَادُ عَلَى الثُّلُثِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ فَوَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي وَلَدًا وَكِلَاهُمَا يَخْرُجَانِ مِنَ الثُّلُثِ فَهُمَا لِلْمُوصَى لَهُ)؛ لِأَنَّ الأُمَّ دَخَلَتْ فِي الوَصِيَّةِ أَصَالَةً وَالوَلَدُ

قوله: ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ أَنَّ الأَبَ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ مَالِهِ، يعني: أن الوارث الآخر غائب أو حاضر وأنكر.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِدَيْنٍ لِغَيْرِهِ، أي: ولو أقرّ بالدين دفع جميع نصيبه إذا كان الدين مستغرقاً نصيبه.

تَبَعًا حِينَ كَانَ مُتَّصِلًا بِالأُمِّ، فَإِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ القِسْمَةِ وَالتَّرِكَةُ قَبْلَهَا مُبْقَاةٌ عَلَى مِلْكِ المَيِّتِ حَتَّى يُقْضَى بِهَا دُيُونُهُ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ فَيَكُونَانِ لِلْمُوصِي لَهُ.

(وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثُّلُثِ ضَرَبَ بِالثُّلُثِ وَأَخَذَ مَا يَخُصُّهُ مِنْهُمَا جَمِيعًا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَأْخُذُ ذَلِكَ مِنَ الأُمِّ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ مِنَ الوَلَدِ). وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَيَّنَ صُورَةً وَقَالَ: رَجُلٌ لَهُ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ وَأَمَةٌ تُسَاوِي ثَلاثَمِائَةِ دِرْهَمٍ فَأَوْصَى بِالجَارِيَةِ لِرَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي ثَلاثَمِائَةِ دِرْهَمٍ قَبْلَ القِسْمَةِ فَلِلْمُوصَى لَهُ الأُمُّ وَثُلُثُ الوَلَدِ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا لَهُ ثُلُثَا كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. لَهُمَا مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الوَلَدَ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ تَبَعًا حَالَةَ الِاتِّصَالِ فَلَا يَخْرُجُ عَنْهَا بِالِانْفِصَالِ كَمَا فِي البَيْعِ وَالعِتْقِ فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِيهِمَا عَلَى السَّوَاءِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيمِ الأُمِّ. وَلَهُ أَنَّ الأُمَّ أَصْلٌ وَالوَلَدُ تَبَعٌ فِيهِ وَالتَّبَعُ لا يُزَاحِمُ الأَصْلَ، فَلَوْ نَفَّذْنَا الوَصِيَّةَ فِيهِمَا جَمِيعًا تَنْتَقِضُ الوَصِيَّةُ فِي بَعْضِ الأَصْلِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ،

قوله: فَلَا يَخْرُجُ عَنْهَا بِالِانْفِصَالِ كَمَا فِي البَيْعِ، يعني: تسري الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع إلى الولد الحادث قبل القبض، وإذا سرت الوصية إلى الولد صار كأن الولد كان موجودًا فأوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما، كذا هاهُنا.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الأُمَّ أَصْلٌ - أي: في الوصية - وَالوَلَدُ تَبَعٌ فِيهِ، أي: في الوصية على تأويل الإيصاء، وإنما قلنا إن الأم أصل في الوصية؛ لأن الإيجابَ تناول الجارية قصدًا ثم سري حكم الإيجابَ إلى الولد، ولا مساواة بين الأصل والتبع فتنفيذ الوصية بالأم، ثم يكون له من الولد قدرُ ما بقي من الثلث، وتنفيذ الوصية في جميع الأم كان مستحقًّا قبل الولادة فلا تتغير بزيادة المال.

بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ تَنْفِيذَ البَيْعِ فِي التَّبَعِ لا يُؤَدِّي إِلَى نَقْضِهِ فِي الأَصْلِ بَلْ يَبْقَى تَامًّا صَحِيحًا فِيهِ، إِلَّا أَنَّهُ لا يُقَابِلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ ضَرُورَةَ مُقَابَلَتِهِ بِالوَلَدِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ القَبْضُ وَلَكِنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ فِي البَيْعِ حَتَّى يَنْعَقِدَ البَيْعُ بِدُونِ ذِكْرِهِ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا (هَذَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ القِسْمَةِ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ القِسْمَةِ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ)؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ خَالِصِ مِلْكِهِ لِتَقَرُّرِ مِلْكِهِ فِيهِ بَعْدَ القِسْمَةِ.

قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ تَنْفِيذَ البَيْعِ فِي التَّبَعِ لا يُؤَدِّي إِلَى نَقْضِهِ فِي الأَصْلِ، أي: وجود التبع لا يؤثر في حق الأصل، فإن كل الأصل مبيع كما كان سوى أن بعض الثمن خرج عن أن يكون مقابلًا له، لضرورة أن ذلك البعض من الثمن وقع بمقابلة الولد ولا يضر ذلك؛ لأن الثمن يجري مجرى البيع فصار بمنزلة حط بعض الثمن، وذلك لا يقدح في أن يكون المبيع مبيعاً بجملته كما كان، بخلاف الوصية فإنَّها عند مزاحمة الولد يخرج بعض الأصل عن الوصية، فلا يجوز أن يكون التبع ناقضاً لشيءٍ من الأصل.

وقوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يُقَابِلُهُ، أي: لا يقابل بعض الثمن الأصل؛ لأن ذلك البعض صار بمقابلة الولد إذا اتصل به القبض، وقيد باتصال القبض بالولد للمقابلة؛ لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضاً بالأصل، وإلا فلا، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ الوَصِيَّةِ)

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ لِامْرَأَةٍ بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى لَهَا بِشَيْءٍ أَوْ وَهَبَ لَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ مَاتَ جَازَ الإِقْرَارُ وَبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ وَالهِبَةُ)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُلْزِمٌ بِنَفْسِهِ وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ عِنْدَ صُدُورِهِ، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ،

فصل في اعتبار حالة الوصية

لمَّا ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال، ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف؛ لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض، والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول، والأصل يقدم على العارض.

قوله: جَازَ الإِقْرَارُ وَبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ، وهذا بناء على أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً أوغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال؛ لأن الإقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثاً يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضاً، كذا في «المغني».

ولكن قد ذكرنا قبل هذا منقولاً من «المبسوط»: إن صار الوارث وارثاً بسبب تجدد بعد الإقرار كان الإقرار صحيحاً، وإن ورث بسبب كان قائماً وقت الإقرار لم يصح الإقرار، وقال زفر رحمه الله: إقراره باطل أيضاً؛ لأن إقرار المريض بمنزلة التمليك، ولهذا لا يصح للوارث.

ولنا أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه، أي: من غير أن يتوقف إلى شرط زائد كالموت في باب الوصية.

وَلَا يَبْطُلُ بِالدَّيْنِ إِذَا كَانَ فِي حَالَةِ الصِّحَّةِ أَوْ فِي حَالَةِ المَرَضِ، إِلَّا أَنَّ الثَّانِيَ يُؤَخَّرُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهَا إِيجَابٌ عِنْدَ المَوْتِ وَهِيَ وَارِثَةٌ عِنْدَ ذَلِكَ، وَلَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ، وَالهِبَةُ وَإِنْ كَانَتْ مُنَجَّزَةً صُورَةً فَهِيَ كَالمُضَافِ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ حُكْمًا لِأَنَّ حُكْمَهَا يَتَقَرَّرُ عِنْدَ المَوْتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَبْطُلُ بِالدَّيْنِ المُسْتَغْرِقِ وَعِنْدَ عَدَمِ الدَّيْنِ تُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ لِابْنِهِ بِدَيْنٍ وَابْنُهُ نَصْرَانِيٌّ أَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ أَوْصَى لَهُ فَأَسْلَمَ الِابْنُ قَبْلَ مَوْتِهِ بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ). أَمَّا الهِبَةُ وَالوَصِيَّةُ فَلِمَا قُلْنَا إِنَّهُ وَارِثٌ عِنْدَ المَوْتِ وَهُمَا إِيجَابَانِ عِنْدَهُ أَوْ بَعْدَهُ،

قوله: وَلَا يَبْطُلُ بِالدَّيْنِ، أي: الإقرار لا يبطل بالدين.

قوله: إِلَّا أَنَّ الثَّانِيَ يُؤَخَّرُ عَنْهُ، أي: تنفيذ حكم الإقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الإقرار الذي في حالة الصحة.

قوله: بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ، أي: تبطل الوصية التي أوصى لامرأة أجنبية بشيءٍ ثم تزوجها ثم ماتَ وهي امرأته.

قوله: لِأَنَّهَا - أي: لأن الوصية بتأويل الإيصاء - إِيجَابٌ عِنْدَ المَوْتِ وَهِيَ وَارِثَةٌ عِنْدَ ذَلِكَ، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: لا يجوز إقرار المريض لوارثه بدين أو عين، إلا إقراره لامرأته بالمهر، إلا أن يقر بأكثر من مهر مثلها.

فإن قيل: لو أقر بوارث يجوز فكذا إذا أقر لوارث، قلنا: إذا أقر بوارث إنما يجوز؛ لأنه أوجب له مشاركة مع الورثة في الميراث فجاز، كما لو كانت تحته زوجة فتزوج بأخرى في المرض؛ لأنه أوجب لها مشاركة في الميراث كذا هاهُنا؛ ولو أرادت المريضة هبة مهرها من زوجها فالوجهُ فيه أن يقر بمهرها لأجنبيٍّ ثم يتبرع الأجنبي على زوجها.

وَالإِقْرَارُ وَإِنْ كَانَ مُلْزِمًا بِنَفْسِهِ وَلَكِنَّ سَبَبَ الإِرْثِ وَهُوَ البُنُوَّةُ قَائِمٌ وَقْتَ الإِقْرَارِ فَيُعْتَبَرُ فِي إيرَاثِ تُهْمَةِ الإِيثَارِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ سَبَبَ الإِرْثِ الزَّوْجِيَّةُ وَهِيَ طَارِئَةٌ حَتَّى لَوْ كَانَتِ الزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً وَقْتَ الإِقْرَارِ وَهِيَ نَصْرَانِيَّةٌ ثُمَّ أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ لا يَصِحُّ الإِقْرَارُ لِقِيَامِ السَّبَبِ حَالَ صُدُورِهِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ الِابْنُ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا فَأُعْتِقَ لِمَا ذَكَرْنَا، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ إنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَهُ وَهُوَ ابْنُهُ، وَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ المُعْتَبَرَ فِيهَا وَقْتُ المَوْتِ. وَأَمَّا الهِبَةُ فَيُرْوَى أَنَّهَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ فِي الحَالِ وَهُوَ رَقِيقٌ، وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ هِيَ فِي مَرَضِ المَوْتِ بِمَنْزِلَةِ

قوله: وَالإِقْرَارُ وَإِنْ كَانَ مُلْزِمًا بِنَفْسِهِ وَلَكِنَّ سَبَبَ الإِرْثِ وَهُوَ البُنُوَّةُ قَائِمٌ وَقْتَ الإِقْرَارِ، إلى **قوله:** بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، قال الإمام التمرتاشي رحمه الله: وإن أقرَّ له وهو غير وارث ثم صار وارثـًا يوم مات إن كان ذلك بقرابةٍ بطل إقراره، بأن كان أقرَّ لابنه النصرانِي ثم أسلم النصرانِي بطل الإقرار؛ لأنه أقرَّ وسبب التهمة قائم وهو القرابة، وإن صار وارثـًا بولاء أو زوجية بأن أقرَّ لأجنبية ثم تزوجها أو والاها ثم ماتَ لم يبطل إقراره؛ لأنه أقرَّ وليس بينهما سبب تهمة فلا يبطل إقراره بحدوث سبب بعده، وهذا بخلاف ما إذا أوصى لأجنبية ثم تزوجها ثم ماتَ بطل كله؛ لأن الوصية تمليك وقت الموت.

قوله: وَكَذَا لَوْ كَانَ الِابْنُ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا فَأُعْتِقَ، أي: لا تصح الوصية والهبة له؛ لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت، أمَّا إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هاهُنا.

قوله: وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ أَنَّهُ إنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ - أي: على العبد - دَيْنٌ يَصِحُّ، إلى آخره.

يقال: فلجتُ الشيء فلجين، أي: شققته نصفين، ومنه المفلوج؛ لأنه ذهاب النصف، عن ابن دُريد: وقد فلج الرجل فهو مفلوج، والشلل فساد في اليد يقال: شلت يده تشل بالفتح،

الوَصِيَّةِ فَلَا تَصِحُّ.

قَالَ: (وَالمُقْعَدُ وَالمَفْلُوجُ وَالأَشَلُّ وَالمَسْلُولُ إِذَا تَطَاوَلَ ذَلِكَ وَلَمْ يُخَفْ مِنْهُ المَوْتُ فَهِبَتُهُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ العَهْدُ صَارَ طَبْعًا مِنْ طِبَاعِهِ وَلِهَذَا لَا يَشْتَغِلُ بِالتَّدَاوِي، وَلَوْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ كَمَرَضٍ حَادِثٍ (وَإِنْ وَهَبَ عِنْدَ مَا أَصَابَهُ ذَلِكَ وَمَاتَ مِنْ أَيَّامِهِ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ إِذَا صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ)؛ لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْهُ المَوْتُ وَلِهَذَا يَتَدَاوَى فَيَكُونُ مَرَضَ المَوْتِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَالمَسْلُولُ: الذي سُل أنثياه أي: نزعت خصيتاه، كذا في «المغرب».

قوله: لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ العَهْدُ صَارَ طَبْعًا مِنْ طِبَاعِهِ؛ لأن المغيِّر لحكم التصرف مرض الموت، ومرض الموت ما يكون سبباً للموت غالباً، وإنما يكون سبباً للموت إذا كان بحال يزداد حالًا فحالًا إلى أن يكون آخره الموت؛ فأمَّا إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سبباً للموت كالعمي ونحوه؛ وإنما يكون في حكم المريض في أول ما أصابه ذلك إذا صار صاحب فراش، وصاحب السل والدق قبل أن يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض؛ لأن الإنسان قلَّ ما يخلو عن قليل مرضٍ، فما دام يخرج في حوائجه بنفسه ولم يصر صاحب فراش لا يعد مريضاً عند الناس، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله، والله تعالى أعلم.

(بَابُ العِتْقِ فِي مَرَضِ المَوْتِ)

قَالَ: وَمَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا أَوْ بَاعَ وَحَابَى أَوْ وَهَبَ فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثُّلُثِ، وَيُضْرَبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الوَصَايَا. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ فَهُوَ وَصِيَّةٌ مَكَانَ قَوْلِهِ جَائِزٌ، وَالمُرَادُ الِاعْتِبَارُ مِنَ الثُّلُثِ وَالضَّرْبُ مَعَ أَصْحَابِ الوَصَايَا لا حَقِيقَةُ الوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا إيجَابٌ بَعْدَ المَوْتِ وَهَذَا مُنَجَّزٌ غَيْرُ مُضَافٍ، وَاعْتِبَارُهُ مِنَ الثُّلُثِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثَةِ، وَكَذَلِكَ مَا ابْتَدَأَ المَرِيضُ إيجَابَهُ عَلَى نَفْسِهِ كَالضَّمَانِ وَالكَفَالَةِ فِي حُكْمِ الوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ فِيهِ كَمَا فِي الهِبَةِ، وَكُلُّ مَا أَوْجَبَهُ بَعْدَ المَوْتِ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ أَوْجَبَهُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الإِضَافَةِ دُونَ حَالَةِ العَقْدِ،

باب العتق في مرض الموت

فالإعتاق أيضاً من أنواع الوصية إذا وجد في مرض الموت، لكن له أحكام مخصوصة فلذلك أفرده بباب على حدة، وأخَّره عن أبواب صريح الوصية؛ لأن الصريح هو الأصل.

قوله: وَالمُرَادُ - أي: المراد بقوله: فَهُوَ وَصِيَّةٌ - الِاعْتِبَارُ مِنَ الثُّلُثِ، لا حقيقة الوصية، فإن الوصية عبارة عمَّا أوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوعاً.

قوله: كَالضَّمَانِ وَالكَفَالَةِ، غاير بينهما بالعطف؛ لأن الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لأجنبيٍّ: خالع امرأتك على ألف على أنِّي ضامن؛ وكذلك لو قال: بع هذا العبد بألفٍ على أنِّي ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف، فإن بدل

وَمَا نَفَّذَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَالمُعْتَبَرُ فِيهِ حَالَةُ العَقْدِ، فَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَمِنَ الثُّلُثِ، وَكُلُّ مَرَضٍ صَحَّ مِنْهُ فَهُوَ كَحَالِ الصِّحَّةِ لِأَنَّ بِالبُرْءِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لا حَقَّ فِي مَالِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا) فَالمُحَابَاةُ أَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى فَهُمَا سَوَاءٌ، (وَقَالا: العِتْقُ أَوْلَى فِي المَسْأَلَتَيْنِ) وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الوَصَايَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ فَكُلٌّ مِنْ أَصْحَابِهَا يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ فِي الثُّلُثِ لا يُقَدَّمُ البَعْضُ عَلَى البَعْضِ إِلَّا المُوقَعُ فِي المَرَضِ، وَالعِتْقُ المُعَلَّقُ بِمَوْتِ المُوصِي كَالتَّدْبِيرِ الصَّحِيحِ وَالمُحَابَاةُ فِي البَيْعِ إِذَا وَقَعَتْ

الخلع يكون على الأجنبي لا على المرأة، والخمسائة على الضامن دون المشتري.

قوله: وَمَا نَفَّذَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ، أي: نجزه في الحال ولم يضف إلى ما بعد الموت.

قوله: وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الوَصَايَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ فَكُلٌّ مِنْ أَصْحَابِهَا يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ فِي الثُّلُثِ، معناه: إذا لم يكن في كل فرد من أفراد الوصايا ما جاوز الثلث مثل أن يوصي بالربع والسدس لا يقدم البعض على البعض؛ لأنهم استووا في سبب الاستحقاق.

وفي «المبسوط» في باب الوصية بأكثر من الثلث: ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربع ماله ولآخر بسدس ماله فأجازت الورثة أخذ كل واحدٍ منهم وصيته كاملة؛ لأن في المال وفاء لما أوجبه لكل واحدٍ منهم وزيادة، فإن لم يجيزوا ضرب كل واحدٍ منهم في الثلث بوصيته فتكون القسمة بينهم على طريق العول بالاتفاق؛ لأن الوصايا كلها وقعت في الثلث واستوت في القوة فيضرب كل واحدٍ منهم بجميع حقه.

قوله: إِلَّا العِتْقُ المُوقَعُ فِي المَرَضِ، وَالعِتْقُ المُعَلَّقُ بِمَوْتِ المُوصِي كَالتَّدْبِيرِ الصَّحِيحِ، احتراز عما لو قال: هو حر بعد موتي بيوم على ما يجيء، فإن ذلك لا يقدم على الوصايا؛ لأنه

فِي المَرَضِ؛ لِأَنَّ الوَصَايَا قَدْ تَسَاوَتْ، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِي فِي نَفْسِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ العِتْقُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ آنِفًا؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى فَإِنَّهُ لا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ مِنْ جِهَةِ المُوصِي، وَغَيْرُهُ يَلْحَقُهُ، وَكَذَلِكَ المُحَابَاةُ لا يَلْحَقُهَا

ليس بتدبير صحيح حيث لا يعتق بنفس الموت.

وأمّا العتق الموقع بموت الموصي أو المحاباة في البيع في المرض فإنه يبدأ بذلك قبل الوصايا، ثم يتضارب أهل الوصايا بعد ذلك في باقي الثلث بقدر وصاياهم؛ لأن العتق أقوى من الوصية؛ لأنه لا يلحقه الفسخ والوصية يلحقها الفسخ فيبدأ بالعتق.

قوله: وَكَذَلِكَ المُحَابَاةُ؛ لأنّها تثبت في ضمن المعاوضة ومن قضية المعاوضة اللزوم، فلزمت الوصية التي في ضمن المعاوضة فكانت أقوى من الوصايا المطلقة، كذا في «الإيضاح».

وقوله: وَالمُحَابَاةُ فِي البَيْعِ، بالرفع عطفاً على قوله: إِلَّا العِتْقُ المُوقَعُ.

وقوله: لِأَنَّ الوَصَايَا قَدْ تَسَاوَتْ، تعليل لقوله: لا يُقَدَّمُ البَعْضُ عَلَى البَعْضِ.

ثم صورة تقديم العتق وعدم التقديم ما ذكره في باب الوصية في العتق من وصايا «المبسوط» وقال: وإذا أوصى بعتق عبده بعد موته، أو قال: أعتقوه، أو قال: هو حر بعد موتي بيوم، ليس هذا من العتق الذي يبدأ به، وإنما يبدأ به إذا قال: هو حر بعد موتي مبهماً، أو أعتقه في مرضه البتة، أو قال: إن حدث بي حدث في مرضي هذا فهو حر فهو يبدأ به قبل الوصية، وكذلك كل عتق يقع به بعد الموت بغير وقت يبدأ به قبل الوصية، وكان المعنى فيه أن العتق الذي يقع بنفس الموت بسببه يلزم في حال الحياة على وجه لا يحتمل الرجوع عنه، بخلاف الوصية بالعتق فإنه يحتمل الرجوع عنه.

ولكن هذا لا يستقيم في قوله: إن حدث بي حدث في مرضي هذا فإن هذا يحتمل الفسخ ببيع الرقبة، ولو قال: هو حر بعد موتي بيوم، فإن سببه لا يحتمل الفسخ بالرجوع عنه، ومع ذلك لا يكون مقدماً على سائر الوصايا ولكن الحرف الصحيح فيه أن يقول: ما يكون منفذًا عقيب الموت من غير حاجة إلى التنفيذ فهو في المعنى أسبق مما يحتاج إلى تنفيذه بعد

الفَسْخُ مِنْ جِهَةِ المُوصِي،

الموت؛ لأن هذا بنفس الموت يتم والترجيح يقع بالسبق.

نوضحه: أن العتق المنفذ بعد الموت مستحق استحقاق الديون، فإن صاحب الحق ينفرد باستيفاء دينه إذا ظفر بجنس حقه، وهنا يصير مستوفياً حقه بنفس الموت، والدين مقدم على الوصية فالعتق الذي هو في معنى الدين يقدم أيضاً، فأمّا ما يحتاج إلى تنفيذه بعد الموت فهو ليس في معنى الدين فيكون بمنزلة سائر الوصايا.

ثم صورة قوله: وَإِنْ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا فَالمُحَابَاةُ أَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، ما ذكره في باب الوصية بالعتق والمحاباة من كتاب العين والدين من «المبسوط» فقال: وإذا باع الرجل في مرضه عبدًا من رجل بألف درهم وقيمته ألفان، ثم أعتق عبدًا له آخر يساوي ألفاً ولا مال له غيرهما فالمحاباة أَوْلَى من العتق عند أبي حنيفة رحمه الله، وإذا بدأ بالعتق تحاصا فيه، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العتق أَوْلَى على كل حال فعندهما يعتق العبد مجاناً؛ لأن قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري إن شاء نقض البيع ورد العبد بما لزمه من الزيادة في الثمن ولم يرض به، وإن شاء أمضى العقد وأدّى كمال قيمة العبد ألفي درهم.

وعند أبي حنيفة رحمه الله المحاباة أَوْلَى؛ لأنه بدأ بها فيسلم العبد للمشتري بألف ولم يبق من الثلث شيء، إلا أن العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة، فإن كانت قيمة المعتق ألفاً وخمسمائة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يبدأ بالمحاباة كما بيَّنا، ثم يسلم للمعتق باقي الثلث من قيمته وهو مائة وستة وستون وثلثان؛ لأن جملة المال ثلاثة آلاف وخمسمائة، وقد يسلم للمشتري بالمحاباة مقدار ألف ويسلم للعبد ما بقي من الثلث، وعندهما العتق مقدم فيسلم للعبد مقدار الثلث ويسعى فيما بقي وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويخير المشتري كما بيَّنا.

وقوله: وَغَيْرُهُ يَلْحَقُهُ، أي: وغير العتق المنجز يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال.

وَإِذَا تَقَدَّمَ ذَلِكَ فَمَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ ذَلِكَ يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا مِنْ أَهْلِ الوَصَايَا، وَلا يُقَدَّمُ البَعْضُ عَلَى البَعْضِ.

لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ العِتْقَ أَقْوَى؛ لِأَنَّهُ لا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ وَالمُحَابَاةُ يَلْحَقُهَا، وَلا مُعْتَبَرَ بِالتَّقْدِيمِ فِي الذِّكْرِ؛ لِأَنَّهُ لا يُوجِبُ التَّقَدُّمَ فِي الثُّبُوتِ. وَلَهُ أَنَّ المُحَابَاةَ أَقْوَى؛

قوله: يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا، أي: سوى العتق والمحاباة.

قوله: وَلا مُعْتَبَرَ بِالتَّقْدِيمِ فِي الذِّكْرِ لِأَنَّهُ لا يُوجِبُ التَّقَدُّمَ فِي الثُّبُوتِ، ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثاً وصل أم فصل، ولا عبرة بالبداية؛ لأن الموصى لهم مختلفون، فكذا فيما نحن فيه العتق وصية للمعتق والمحاباة للمشتري، كذا في «الأسرار».

وذكر في الكتاب أيضاً قبيل باب الوصية بثلث المال **بقوله:** بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِهِ - أي: بالعبد - لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِآخَرَ، أي: لأنَّهما يشتركان؛ لأن المحل يحتمل الشركة فعُلِم بهذا أنه لا اعتبار بالتقديم.

فإن قلتَ: أين ذهب قولنا في الفصل الذي يجيء بعد هذا **بقوله:** وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى قُدِّمَتِ الفَرَائِضُ مِنْهَا ... فَإِنْ تَسَاوَتْ فِي القُوَّةِ بُدِئَ بِمَا قَدَّمَهُ المُوصِي إِذَا ضَاقَ عَنْهَا الثُّلُثُ، فعُلِم بِهذا أن لتقديم الموصي اعتبارًا عند تساوي القوة؛ وهاهُنا أيضاً العتق والمحاباة يستويان في القوة، فإنه لو كان للعتق رجحان من حيث أنه لا يلحقه الفسخ، وللمحاباة أيضاً رجحان من حيث أنَّها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فيستويان، فلما استويا وجبَ أن يبدأ بما قدمه الموصي كما هو حكم سائر الوصايا.

قلتُ: وجوب تقديم ما قدمه الموصي عند تساوي الوصايا في القوة إنما هو في الوصايا التي هي حقوق الله تعالى، وهي نوافل مختلفات كالحج النفل، والصدقة النافلة، وعتق نسمة بغير عينها؛ لأن المستحق واحد، وأمَّا في حقوق العباد فالوصايا كلها مستوية، فلا اعتبار

لِأَنَّهَا تَثْبُتُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لا بِصِيغَتِهِ، وَالإِعْتَاقُ تَبَرُّعٌ صِيغَةً وَمَعْنًى، فَإِذَا وُجِدَتِ الْمُحَابَاةُ أَوَّلًا دُفِعَ الأَضْعَفُ، وَإِذَا وُجِدَ العِتْقُ أَوَّلًا وَثَبَتَ وَهُوَ لا يَحْتَمِلُ الدَّفْعَ كَانَ مِنْ ضَرُورَتِهِ الْمُزَاحَمَةُ، وَعَلَى هَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِذَا حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْمُحَابَاتَيْنِ نِصْفَيْنِ لِتَسَاوِيهِمَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ الْمُحَابَاةَ الأَخِيرَةَ قُسِمَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ العِتْقِ؛ لِأَنَّ

لتقديم الموصي على ما ذكرنا أنه لو أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثـًا وصل أم فصل، ولا اعتبار لتقديم الموصي، والذي نحن فيه من قبيل حقوق العباد على ما ذكرنا، فيجب أن لا يكون لتقديم الموصي اعتبار، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الأسرار».

وذكر في «المبسوط»: وإنما يبدأ بما بدأ به الموصي إذا كان لمستحق واحدٍ، فأمَّا إذا كان لمستحقين فلا، كما لو أوصى بثلثه لإنسان ثم أوصى بثلثه لآخر.

قوله: فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لا بِصِيغَتِهِ؛ وهذا لأن سبب المحاباة التجارة، فإن البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة في الكل، والشفعة تختص بالمعاوضات دون التبرعات، ولهذا قلنا: إن البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون، وبالمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة.

وأمَّا العتق فتبرع محض وبالمرض يصير محجورًا عن التبرعات فكانت المحاباة أقوى سببـًا من العتق؛ لما أن سبب المحاباة التجارة، ومن حيث الحكم العتق أَوْلَى؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، ولمَّا كان للمحاباة رجحان من حيث السبب وللعتق رجحان من حيث الحكم استويا في القوة، ثمَّ إذا سبقت المحاباةُ العتقَ ويثبت في الثلث ثم جاء العتق والمحاباة ثابتةٌ ومالها بعد ثبوتها حكم الهبة بوجه، بدليل أن الشفيع يأخذ كذلك بالشفعة ولا شفعة في الهبة، والعتق تبرع فلا يزاحمها العتق لا بحكم البداية بل بحكم التحاقها بضمان التجاررات، دل عليه أن العبد المأذون إذا اشترى أمة فوطئها ثم استحقت أخذ بالعقد للحال بحكم ضمان التجارات؛ لأنه لزمه بسبب الشراء لو لاه لحُدَّ، ولو تزوجها بغير أمر المولى فوطئها لم يؤاخذ

العِتْقَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا فَيَسْتَوِيَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ العِتْقِ الأَوَّلِ وَالمُحَابَاةِ نِصْفَيْنِ، وَمَا أَصَابَ العِتْقَ قُسِمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ العِتْقِ الثَّانِي، وَعِنْدَهُمَا العِتْقُ أَوْلَى بِكُلِّ حَالٍ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذِهِ المِائَةِ عَبْدٌ فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ لَمْ يُعْتَقْ عَنْهُ

بالعقد حتى يعتق؛ لأن سببه ليس بتجارة فيتغير الحكم بسببه فجاز تغير المحاباة بسببها أيضـًا، وينظر إلى سببها وهو التجارة لا إلى المحاباة التي فيها معنى الهبة والتبرع.

فإن قيل: لو حابى ثم حابى ولا يخرجان من الثلث تحاصًا ولم يترجح الأول من الوجه الذي قلتُه، فإن على قَوْد ما ذكرتَه يلزم أن ينفذ الأولى ثم الثانية.

قلنا: إنما كان هكذا؛ لأن ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث، وإذا كان كذلك نفذناه جميعـًا ثم نقضناه بعد الموت فيثبت لهما بحكم الوصية وهُما نافذتان فاستويا، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ العِتْقِ الأَوَّلِ وَالمُحَابَاةِ؛ لأن العتق الثانِي مؤخر عن المحاباة فلا يزاحمها، والعتق الأول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث، ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما.

فإن قيل: كيف يستقيم هذا ولم يصل إلى صاحب المحاباة كمال حقه، كان ينبغي أن يسترد صاحب المحاباة ما أخذ صاحب العتق الثانِي؛ لأن حق صاحب المحاباة مقدم على حق صاحب العتق الثانِي، كما لو كانا معـًا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة.

قلنا: لا كذلك، فإنه لو استرد ذلك منه استرد منه العتق الأول؛ لأن حق العتق الأول وحق المحاباة سواء في الثلث، فيؤدي ذلك إلى دور لا ينقطع والسبيل في الدوران يقطع، وإن نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما، كذا في باب الوصية بالعتق والمحاباة من كتاب العين والدين من «المبسوط».

قوله: بِهَذِهِ المِائَةِ، أي: المعينة.

بِمَا بَقِيَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ بِحَجَّةٍ يَحُجُّ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ، وَإِنْ لَمْ يَهْلِكْ مِنْهَا وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الحَجَّةِ يُرَدُّ عَلَى الوَرَثَةِ.

وَقَالَا: يُعْتَقُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِنَوْعِ قُرْبَةٍ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا أَمْكَنَ اعْتِبَارًا بِالوَصِيَّةِ بِالحَجِّ. وَلَهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالعِتْقِ لِعَبْدٍ يَشْتَرِي بِمِائَةٍ وَتَنْفِيذُهَا فِيمَنْ يَشْتَرِي بِأَقَلَّ مِنْهُ تَنْفِيذٌ لِغَيْرِ المُوصَى لَهُ، وَذَلِكَ لا يَجُوزُ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ بِالحَجِّ؛ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَحْضَةٌ وَهِيَ حَقُّ اللهِ تَعَالَى وَالمُسْتَحَقُّ لَمْ يَتَبَدَّلْ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةٍ فَهَلَكَ بَعْضُهَا يَدْفَعُ البَاقِيَ إِلَيْهِ، وَقِيلَ هَذِهِ المَسْأَلَةُ بِنَاءً عَلَى أَصْلٍ آخَرَ مُخْتَلَفٍ فِيهِ وَهُوَ أَنَّ العِتْقَ حَقُّ اللهِ تَعَالَى عِنْدَهُمَا حَتَّى تُقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى فَلَمْ يَتَبَدَّلِ المُسْتَحَقُّ، وَعِنْدَهُ حَقُّ العَبْدِ حَتَّى لا تُقْبَلَ البَيِّنَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى، فَاخْتَلَفَ المُسْتَحَقُّ وَهَذَا أَشْبَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ تَرَكَ ابْنَيْنِ وَمِائَةَ دِرْهَمٍ وَعَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةُ دِرْهَمٍ وَقَدْ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ فَأَجَازَ الوَارِثَانِ ذَلِكَ لَمْ يَسْعَ فِي شَيْءٍ)؛ لِأَنَّ العِتْقَ فِي مَرَضِ المَوْتِ وَإِنْ كَانَ فِي حُكْمِ الوَصِيَّةِ وَقَدْ وَقَعَتْ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَنَّهَا تَجُوزُ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَقَدْ أَسْقَطُوهُ.

قوله: وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الحَجَّةِ يُرَدُّ عَلَى الوَرَثَةِ، إلا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي يحج عنه فيكون له، كذا ذكره الإمام الكشاني.

قوله: وَهَذَا أَشْبَهُ، أي: أشبه إلى الصواب؛ لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيختلف المستحق إذا هلك شيء منه.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ ثُمَّ مَاتَ فَجَنَى جِنَايَةً وَدَفَعَ بِهَا بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ)؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ قَدْ صَحَّ لِمَا أَنَّ حَقَّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ المُوصِي، فَكَذَلِكَ عَلَى حَقِّ المُوصَى لَهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى المِلْكَ مِنْ جِهَتِهِ إِلَّا أَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ بَاقٍ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِالدَّفْعِ فَإِذَا خَرَجَ بِهِ عَنْ مِلْكِهِ بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ كَمَا إِذَا بَاعَهُ المُوصِي أَوْ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَإِنْ فَدَاهُ الوَرَثَةُ كَانَ الفِدَاءُ فِي مَالِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ التَزَمُوهُ، وَجَازَتِ الوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّ العَبْدَ طَهُرَ عَنِ الجِنَايَةِ بِالفِدَاءِ كَأَنَّهُ لَمْ يَجْنِ فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِآخَرَ فَأَقَرَّ المُوصَى لَهُ وَالوَارِثُ أَنَّ المَيِّتَ أَعْتَقَ هَذَا العَبْدَ فَقَالَ المُوصَى لَهُ أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَقَالَ الوَارِثُ أَعْتَقَهُ فِي المَرَضِ فَالقَوْلُ

قوله: وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ، أي: بإعتاق عبده.

قوله: لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى المِلْكَ مِنْ جِهَتِهِ - أي: لأن الموصى له يأخذ الملك من جهة الموصي - إِلَّا أَنَّ مِلْكَهُ - أي: ملك الموصي - فِيهِ بَاقٍ، لحاجة الميت، حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق؛ لما بينا أن ملك الميت باق بعد لحاجته؛ وهذا لأن ملك الورثة ملك خلافة فلا يثبت ما لم يستغن الأصل عنه، كذا في «مبسوط فخر الإسلام».

قوله: كَمَا إِذَا بَاعَهُ المُوصِي، أو بيع بعد موته بسبب الدين.

قوله: كَانَ الفِدَاءُ فِي مَالِهِمْ، أي: كانوا متطوعين.

قوله: فَقَالَ المُوصَى لَهُ أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ، يعني: أن إعتاق هذا العبد لم يقع وصية بل نفذ العتق بدون الوصية، ووصيته بثلث ماله صحيح فيما وراء العبد؛ وإنما يقول بهذا لأن الإعتاق لو وقع وصية وقيمة العبد ثلث المال لم يكن للموصى له بالثلث شيء من وصيته؛ لأن الوصية بالعتق مقدمة على الوصية بالثلث بالاتفاق.

قوله: وَقَالَ الوَارِثُ أَعْتَقَهُ فِي المَرَضِ، أي: في مرض موته فكان إعتاقه وقع وصية،

قَوْلُ الوَارِثِ، وَلا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ إلَّا أَنْ يَفْضُلَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ أَوْ تَقُومَ لَهُ البَيِّنَةُ أَنَّ العِتْقَ فِي الصِّحَّةِ)؛ لِأَنَّ المُوصَى لَهُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنَ التَّرِكَةِ بَعْدَ العِتْقِ؛ لِأَنَّ العِتْقَ فِي الصِّحَّةِ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ وَلِهَذَا يَنْفُذُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَالوَارِثُ يُنْكِرُ؛ لِأَنَّ مُدَّعَاهُ العِتْقُ فِي المَرَضِ وَهُوَ وَصِيَّةٌ، وَالعِتْقُ فِي المَرَضِ مُقَدَّمٌ عَلَى الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ فَكَانَ مُنْكِرًا، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ اليَمِينِ؛ وَلِأَنَّ العِتْقَ حَادِثٌ وَالحَوَادِثُ تُضَافُ إلَى أَقْرَبِ الأَوْقَاتِ لِلتَّيَقُّنِ بِهَا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَارِثِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ اليَمِينِ، إلَّا أَنْ يَفْضُلَ شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثِ عَلَى قِيمَةِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ لا مُزَاحِمَ لَهُ فِيهِ أَوْ تَقُومَ لَهُ البَيِّنَةُ أَنَّ العِتْقَ فِي الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً وَهُوَ خَصْمٌ فِي إقَامَتِهَا لِإِثْبَاتِ حَقِّهِ.

قَالَ: (وَمَنْ تَرَكَ عَبْدًا فَقَالَ لِلْوَارِثِ أَعْتَقَنِي أَبُوكَ فِي الصِّحَّةِ وَقَالَ رَجُلٌ لِي عَلَى أَبِيكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ صَدَقْتُمَا فَإِنَّ العَبْدَ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -)، وَقَالَا: يَعْتِقُ وَلا يَسْعَى فِي شَيْءٍ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَالعِتْقَ فِي الصِّحَّةِ ظَهَرَا مَعًا بِتَصْدِيقِ الوَارِثِ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَأَنَّهُمَا كَانَا مَعًا، وَالعِتْقُ فِي الصِّحَّةِ لا يُوجِبُ السِّعَايَةَ وَإِنْ كَانَ عَلَى المُعْتِقِ دَيْنٌ.

والوصية بالعتق مقدمة في حق التنفيذ على الوصية بالثلث، وصار الثلث كله مشغولًا بعتق العبد أو بعضه، والقول قول الورثة فيه؛ لأن الورثة ينكرون ثبوت حق الموصى له والقول قول المنكر، والموصى له يدعي فلا يصدق في دعواه إلا بالحجة، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَالعِتْقُ فِي الصِّحَّةِ لا يُوجِبُ السِّعَايَةَ وَإِنْ كَانَ عَلَى المُعْتِقِ دَيْنٌ؛ لأن من أعتق

وَلَهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالدَّيْنِ أَقْوَى؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَالإِقْرَارُ بِالعِتْقِ فِي المَرَضِ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ، وَالأَقْوَى يَدْفَعُ الأَدْنَى، فَقَضِيَّتُهُ أَنْ يَبْطُلَ العِتْقُ أَصْلًا إِلَّا أَنَّهُ بَعْدَ وُقُوعِهِ لا يَحْتَمِلُ البُطْلَانَ فَيُدْفَعُ مِنْ حَيْثُ المَعْنَى بِإِيجَابِ السِّعَايَةِ؛ وَلِأَنَّ الدَّيْنَ أَسْبَقُ؛ لِأَنَّهُ لا مَانِعَ لَهُ مِنَ الإِسْتِنَادِ فَيَسْتَنِدُ إِلَى حَالَةِ الصِّحَّةِ، وَلا يُمْكِنُ إِسْنَادُ العِتْقِ إِلَى تِلْكَ الحَالَةِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ العِتْقَ فِي حَالَةِ المَرَضِ مَجَّانًا فَتَجِبُ السِّعَايَةُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافُ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ رَجُلٌ لِي عَلَى المَيِّتِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ وَقَالَ الآخَرُ كَانَ لِي عِنْدَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَعِنْدَهُ الوَدِيعَةُ أَقْوَى وَعِنْدَهُمَا سَوَاءٌ.

عبدًا في صحته ثم ماتَ وعليه دين لم يسع العبد له في شيء فهذا مثله؛ وهذا لأن الإقرار بِهذين الأمرين في حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرًا عن الآخر، فيمنع المتقدم المتأخر، وهاهُنا لمَّا حصلا معـًا بتصديقٍ واحدٍ يجعل كأن الأمرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معـًا لذلك.

ولأبي حنيفة رحمه الله وجهان: أحدهما: أن الإقرار بالدين أقوى على ما ذكر، والثانِي: أن العتق لا يمكن إسناده إلى حالة الصحة، فلذلك ثبت الدين من كل وجهٍ ويثبت العتقُ من حيث الصورة لا من حيث المعنى؛ لأن إعتاق المريض المديون يُردّ من حيث المعنى بوجوب السعاية، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت.

ولو قال العبد لمولاه المريض: أعتقتنِي في صحتك، وقال رجل آخر: لي عليك ألف درهم دين، فقال المريض: صدقتما، عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم، كذلك هاهُنا؛ كذا في شرح «الجامع الصغير» لقاضي خان وغيره.

قوله: فَعِنْدَهُ الوَدِيعَةُ أَقْوَى وَعِنْدَهُمَا سَوَاءٌ، وذكر فخر الإسلام، والكشانِي وغيرهما: الوديعة أقوى عندهما لا عنده، فقال فخر الإسلام رحمه الله: رجل قال للوارث: هذه الألف

....

كانت وديعة لي عند أبيك، وقال الآخر: لي على أبيك ألف درهم، إن الوارث إذا قال صدقتما كانت الوديعة أوْلَى عندهما.

وذكر في «المنظومة» في كتاب الإقرار من باب أبي حنيفة رحمه الله ما يؤيد ما ذكره فخر الإسلام والكشانِي رحمهما الله، فقال:

لو تُـرِكت ألـفٌ وهذا يدعي * دينـاً وذاك قال هذا مودعي

والابن قد صدق هذين معـاً * استويا وأعـطيا من أوْدَعَـا

والله تعالى أعلم.

* * *

فَصْلٌ

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى قُدِّمَتِ الفَرَائِضُ مِنْهَا قَدَّمَهَا المُوصِي أَوْ أَخَّرَهَا مِثْلَ الحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالكَفَّارَاتِ)؛ لِأَنَّ الفَرِيضَةَ أَهَمُّ مِنَ النَّافِلَةِ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُ البُدَاءَةُ بِمَا هُوَ الأَهَمُّ.

فصلٌ

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، بخلاف مسائل هذا الفصل.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى قُدِّمَتِ الفَرَائِضُ مِنْهَا قَدَّمَهَا المُوصِي أَوْ أَخَّرَهَا مِثْلَ الحَجِّ وَالزَّكَاةِ، إلى آخره.

اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى من زكاة، أو صدقة فطر، أو كفارة، أو نذر، أو حج، أو صيام، أو صلاة، أو ما أشبه ذلك من غير وصية، فإنه لا يؤخذ ذلك من تركته عندنا، إلا أن يتبرع ورثته بذلك وهم من أهل التبرع، وإن امتنعوا لم يجبروا عليه، وإن أوصى بذلك يجوز وينفذ من ثلث ماله، وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يؤخذ من تركته.

ثم الوصايا لا يخلو: إمَّا أن يكون كله لله تعالى، أو كله للعباد، وما كان لله تعالى لا يخلو: إمَّا أن يكون كله فرائض كالزكاة، والحج، والصوم، والصلاة، أو كله واجبات كالكفارات، والنذور، وصدقة الفطر، أو كله تطوع كالوصية بحج التطوع، والصدقة على الفقراء، أو ما أشبهها إن جمع بين هذه الوصايا كلها، فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوصى

(فَإِنْ تَسَاوَتْ فِي القُوَّةِ بُدِئَ بِمَا قَدَّمَهُ المُوصِي إِذَا ضَاقَ عَنْهَا الثُّلُثُ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالأَهَمِّ.

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالزَّكَاةِ وَيُقَدِّمُهَا عَلَى الحَجِّ وَهُوَ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْهُ أَنَّهُ يُقَدِّمُ الحَجَّ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَجْهُ الأُولَى أَنَّهُمَا وَإِنِ اسْتَوَيَا فِي الفَرِيضَةِ فَالزَّكَاةُ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ العِبَادِ فَكَانَ أَوْلَى. وَجْهُ الأُخْرَى أَنَّ الحَجَّ يُقَامُ بِالمَالِ وَالنَّفْسِ وَالزَّكَاةُ بِالمَالِ قَصْرًا عَلَيْهِ،

فإنه تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله، وإن كانت ثلث ماله لا يحتمل ذلك إن أجازت الورثة فكذلك، وإن لم تجز الورثة فإنه ينظر إن كانت وصاياه كلها لله تعالى فإنه ينظر، إن كانت كلها فرائض فإنه يبدأ بما بدأ به الميت، وإن كانت واجبات فإنه يبدأ بما بدأ به أيضاً، وكذلك إن كانت كلها تطوعاً، وإن كانت بعضها فرائض، وبعضها واجبات، وبعضها تطوع، فإنه يبدأ بالفرائض أولًا وإن أخرها، ثم بالواجبات، ثم بالتطوع.

وإن جمع أصحاب هذه الوصايا يتضاربون في الثلث بوصاياهم، فما أصاب العباد فهو لهم لا يقدم بعضهم على البعض، وما كان لله تعالى يجمع ذلك كله، فيبدأ منها بالفرائض، ثم بالواجبات، ثم بالنوافل، هذا إذا لم يكن في الوصية عتق منفذ ولا محاباة منجزة، فإن كان فيها عتق منفذ أو محاباة منجزة فإن في قول أبي حنيفة رحمه الله إن كانت المحاباة متقدمة على العتق يصرف الثلث كله إلى المحاباة، ثم إلى العتق، ثم إلى سائر الوصايا على ما بيَّنا، هذا كله من زكاة «شرح الطحاوي».

قوله: فَإِنْ تَسَاوَتْ فِي القُوَّةِ بُدِئَ بِمَا قَدَّمَهُ المُوصِي إِذَا ضَاقَ عَنْهَا الثُّلُثُ، ألا ترى أنه لمَّا سُئل رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم عن السعي بأيهما نبدأ؟ فقال: «ابدءوا بما بدأ الله به».

قوله: فَالزَّكَاةُ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ العَبْدِ؛ لأن حق الفقير في القبض ثابت فكان ممتزجاً بحقين، والحج تمحَّض حقًّا لله تعالى فكانت الزكاة أقوى.

فَكَانَ الحَجُّ أَقْوَى، ثُمَّ تُقَدَّمُ الزَّكَاةُ وَالحَجُّ عَلَى الكَفَّارَاتِ لِمَزِيَّتِهِمَا عَلَيْهَا فِي القُوَّةِ، إِذْ قَدْ جَاءَ فِيهِمَا مِنَ الوَعِيدِ مَا لَمْ يَأْتِ فِي الكَفَّارَاتِ، وَالكَفَّارَةُ فِي القَتْلِ وَالظِّهَارِ وَاليَمِينُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى صَدَقَةِ الفِطْرِ؛ لِأَنَّهُ عُرِفَ وُجُوبُهَا دُونَ صَدَقَةِ الفِطْرِ، وَصَدَقَةُ الفِطْرِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الأُضْحِيَّةِ لِلِاتِّفَاقِ عَلَى وُجُوبِهَا بِالقُرْآنِ وَالِاخْتِلَافِ فِي الأُضْحِيَّةِ، وَعَلَى هَذَا القِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ الوَاجِبَاتِ عَلَى البَعْضِ.

وقوله: فَكَانَ الحَجُّ أَقْوَى؛ لأن فيه تأدية الوظيفتين: البدنية والمالية، وفي الزكاة تأدية وظيفة واحدة.

ولأن الحج فرض العمر فكان فرض العمر أقوى لشموله من فرض السنة، وقد جاء فيهما من الوعيد، أمَّا فى حق الزكاة فقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ﴾ [التوبة: ٣٤] الآية، وأمَّا في حق الحج فقوله تعالى: ﴿وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلۡعَٰلَمِينَ ۝٩٧﴾ [آل عمران: ٩٧]، مكان قوله: ومن لم يحج، وقوله عليه الصلاة والسلام: «من ماتَ وعليه حجة الإسلام إن شاء ماتَ يهوديًا، وإن شاء نصرانيًّا، وإن شاء مجوسيًّا».

قوله: وَالكَفَّارَةُ فِي القَتْلِ وَالظِّهَارِ وَاليَمِينُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى صَدَقَةِ الفِطْرِ؛ وإنما قيَّد بهذه الكفارات الثلاث في التقديم على صدقة الفطر دون كفارة الفطر؛ لما أن صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر؛ لأن كفارة الفطر ثبتت بخبر الواحد، وصدقة الفطر وجبت بأخبار مستفيضة، والإجماع.

قوله: وَعَلَى هَذَا القِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ الوَاجِبَاتِ عَلَى البَعْضِ، فمن ذلك أن صدقة الفطر تقدم على النذور؛ لأن صدقة الفطر تجب بإيجاب الله تعالى فتكون مقدمة على ما يجب بإيجاب العبد، والنذور والكفارات كلها مقدمة على الأضحية؛ لأن الأضحية اختلفوا في وجوبها ولم يختلفوا في وجوب النذور، والأضحية مقدمة على النوافل؛ لأن الأضحية واجبة عندنا.

قَالَ: (وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ المُوصِي) لِمَا بَيَّنَّا وَصَارَ كَمَا إذَا صَرَّحَ بِذَلِكَ. قَالُوا: إنَّ الثُّلُثَ يُقَسَّمُ عَلَى جَمِيعِ الوَصَايَا مَا كَانَ لِلَّهِ تَعَالَى وَمَا كَانَ لِلْعَبْدِ، فَمَا أَصَابَ القُرَبَ صُرِفَ إلَيْهَا عَلَى التَّرْتِيبِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ وَيُقَسَّمُ عَلَى عَدَدِ القُرَبِ وَلا يُجْعَلُ الجَمِيعُ كَوَصِيَّةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهُ إنْ كَانَ المَقْصُودُ بِجَمِيعِهَا رِضًا لِلَّهِ تَعَالَى فَكُلُّ وَاحِدَةٍ فِي نَفْسِهَا مَقْصُودٌ فَتَنْفَرِدُ كَمَا تَنْفَرِدُ وَصَايَا الآدَمِيِّينَ.

ثم الترتيب بين الكفارات الثلاث أن كفارة القتل تقدم على غيرها؛ لأن كفارة القتل أقوى وأكثر تغليظاً من غيرها، ألا ترى أن الإسلام شرط في ذلك دون سائر الكفارات، ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار؛ لأن كفارة اليمين وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى، وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة على نفسه، فكانت كفارة اليمين أقوى.

قوله: وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ المُوصِي، بأن أوصى بأن يحج عنه تطوعاً، وأوصى بأن يعتق عنه نسمة ولم يعينها تطوعاً، وأوصى بأن يتصدق عنه بمائة على الفقراء لا بأعيانهم فإنه يبدأ بما بدأ به الميت، وإنما كان كذلك؛ لأن الموصى له في هذه الصورة واحد وهو الله تعالى؛ لأن الوصية بالحج صحَّت، وكذلك الوصية بعتق نسمة لا يعينها صحت لله تعالى لا للعبد؛ لأن العبد إذا لم يكن بعينه كان مجهولًا، والوصية للمجهول لا تصح فهو معنى قولنا: إن الموصى له واحد والمقصود واحد وهو التقرب إلى الله تعالى.

وقوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالأَهَمِّ.

قوله: وَصَارَ كَمَا إذَا صَرَّحَ بِذَلِكَ، وهو أن يقول: ابدءوا بما بدأتُ به، لزمنا تقديم ذلك على سائر الوصايا حينئذٍ، كذا هاهُنا، هذا هو ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل، يبدأ بالصدقة، ثم بالحج، ثم بالعتق، سواء بدأ بالصدقة أو أخَّرها.

قوله: قَالُوا: إنَّ الثُّلُثَ يُقَسَّمُ عَلَى جَمِيعِ الوَصَايَا مَا كَانَ لِلَّهِ تَعَالَى وَمَا كَانَ لِلْعَبْدِ، فيجعل كل جهة من جهات القربة منفردة بالضرب، ولا تجعل جهة واحدة نحو أن يقول:

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِحَجَّةِ الإِسْلَامِ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلًا مِنْ بَلَدِهِ يَحُجُّ رَاكِبًا)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ لِلَّهِ تَعَالَى الحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ فِيهِ مِنَ المَالِ مَا يَكْفِيهِ مِنْ بَلَدِهِ وَالوَصِيَّةُ لِأَدَاءِ مَا هُوَ الوَاجِبُ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قَالَ رَاكِبًا؛ لِأَنَّهُ لا يَلْزَمُهُ أَنْ يَحُجَّ مَاشِيًا فَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي وَجَبَ عَلَيْهِ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ تَبْلُغِ الوَصِيَّةُ النَّفَقَةَ أَحَجُّوا عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ) وَفِي القِيَاسِ لا يَحُجُّ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالحَجَّةِ عَلَى صِفَةٍ عَدِمْنَاهَا فِيهِ، غَيْرَ أَنَّا جَوَّزْنَاهُ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ المُوصِيَ قَصَدَ تَنْفِيذَ الوَصِيَّةِ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا أَمْكَنَ وَالمُمْكِنُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ إِبْطَالِهَا رَأْسًا، وَقَدْ فَرَّقْنَا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الوَصِيَّةِ بِالعِتْقِ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ وَأَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ يُحَجُّ

ثلث مالي في الحج، والزكاة، والكفارات، ولزيد، يقسم على أربعة أسهم؛ لأن كل جهة من هذه غير الجهة الأخرى، والمقصود وإن كان متحدًا وهو القربة ولكن تعتبر الجهة المسماة؛ لأن الجهة هي المنصوص عليها، وهو كما لو أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يصرف لكل جهة سهم، وإن كان المقصود من الجميع القربة، هذا كله في الباب الأول من وصايا «المبسوط»، والفصل السابع من وصايا «الذخيرة»، والباب السادس من وصايا «الإيضاح».

قوله: وَقَدْ فَرَّقْنَا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الوَصِيَّةِ بِالعِتْقِ مِنْ قَبْلُ، وذلك الفرق إنما وقع على قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل **بقوله:** وَلَهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالعِتْقِ لِعَبْدٍ يَشْتَرِي بِمِائَةٍ وَتَنْفِيذُهَا فِيمَنْ يَشْتَرِي بِأَقَلَّ مِنْهُ تَنْفِيذٌ لِغَيْرِ المُوصَى لَهُ، إلى آخره.

قوله: وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا، قيد **بقوله:** حَاجًا؛ لأنه لو خرج للتجارة فإنه يحج من بلده هناك بالاتفاق، وإلى هذا أشار بعد هذا **بقوله:** بِخِلَافِ سَفَرِ التِّجَارَةِ، ثم هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن، فإن لم يكن له وطن فمن حيث ماتَ بالاتفاق؛ لأنه لو تجهز بنفسه

عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَحُجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ بَلَغَ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا مَاتَ الحَاجُّ عَنْ غَيْرِهِ فِي الطَّرِيقِ. لَهُمَا أَنَّ السَّفَرَ بِنِيَّةِ الحَجِّ وَقَعَ قُرْبَةً وَسَقَطَ فَرْضُ قَطْعِ المَسَافَةِ بِقَدْرِهِ وَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللهِ فَيَبْتَدِئُ مِنْ ذَلِكَ المَكَانِ كَأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ، بِخِلَافِ سَفَرِ التِّجَارَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ قُرْبَةً فَيَحُجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ.

للحج إنما يتجهز من حيث هو فكذلك إذا أوصى؛ وهذا لأن من لا وطنَ له فوطنه حيث حل، وإن أحجوا عنه من موضع آخر فإن كان أقرب إلى مكة فهم ضامنون، وإن كان أبعد لا ضمان عليهم؛ لأن في الأول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال، والإطلاق يقتضى ذلك، وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَنْصَرِفُ إِلَى الحَجِّ مِنْ بَلَدِهِ، إلى آخره، ولأبي حنيفة وجهان:

أحدهما: أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «كل عمل ابن ادم ينقطع بموته إلا ثلاثة: علم علمه الناس، وصدقة جارية، وولد صالح يدعو له بالخير»، ذكر في كتاب الحج من هذا الكتاب، والخروج للحج ليس من الثلاثة فينقطع بالموت.

والثاني: أن خروجه إنما يكون قربة بطريق أنه يتوصل به إلى أداء الحج، وقد تبيَّن أن هذا الخروج ما كان يوصله إلى ذلك، والدليل عليه أنه ظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج، كما روي أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «إذا أراد الله تعالى قبض روح عبد بأرضٍ جعل له إليها حاجة»، فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواءً، ثم هناك يحج عنه من وطنه، فهاهنا كذلك، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: ما جواب أبي حنيفة رحمه الله عمَّا أوردا من مسألة الإطعام عليه في الكفارة، وهي أن المكفِّر إذا أطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الإكمال لما بقي بالاتفاق، كذا في «الأسرار»، ولم يبطل هناك ما أطعمه بموته فيجب أن يكون في الحج كذلك.

قلتُ: قال أبو حنيفة رحمه الله: الفرق بينهما هو أن سفر الحج لا يقبل التجزي في حق

وَلَهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَنْصَرِفُ إِلَى الحَجِّ مِنْ بَلَدِهِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ أَدَاءً لِلْوَاجِبِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي وَجَبَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الأمر، بدليل أن الأول لو بدا له في أن لا يحج بنفسه بعدما مشى بعض الطريق، وفوض الأمر إلى غيره برضا الموصي لم يجز، ولزمه رد نفقة أنفقها؛ وأمَّا الإطعام فإنه يقبل التجزي، حتى أن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك وأمر به غيره فإنه يجزئه، كذا في «الأسرار».

قوله: عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، أراد به قوله قُبيل هذا: وَمَنْ أَوْصَى بِحَجَّةِ الإِسْلَامِ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلًا مِنْ بَلَدِهِ يَحُجُّ رَاكِبًا؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ لِلَّهِ تَعَالَى الحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ، إلى آخره، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ الوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ)

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِجِيرَانِهِ فَهُمُ المُلَاصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُمُ المُلَاصِقُونَ وَغَيْرُهُمْ مِمَّنْ يَسْكُنُ مَحَلَّةَ المُوصِي وَيَجْمَعُهُمْ مَسْجِدُ المَحَلَّةِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَقَوْلُهُ قِيَاسٌ؛ لِأَنَّ الجَارَ مِنَ المُجَاوَرَةِ وَهِيَ المُلَاصَقَةُ حَقِيقَةً وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِهَذَا الجِوَارِ؛ وَلِأَنَّهُ لَمَّا صَرَفَهُ إِلَى الجَمِيعِ يُصْرَفُ إِلَى أَخَصِّ الخُصُوصِ وَهُوَ المُلَاصِقُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَؤُلَاءِ كُلَّهُمْ يُسَمُّونَ جِيرَانًا عُرْفًا، وَقَدْ تَأَيَّدَ بِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لا صَلَاةَ لِجَارِ المَسْجِدِ إِلَّا فِي المَسْجِدِ» وَفَسَّرَهُ بِكُلِّ مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ؛ وَلِأَنَّ المَقْصَدَ بِرُّ الجِيرَانِ وَاسْتِحْبَابُهُ يَنْتَظِمُ المُلَاصِقَ وَغَيْرَهُ، إِلَّا أَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ الِاخْتِلَاطِ وَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ المَسْجِدِ، وَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: الجِوَارُ إِلَى أَرْبَعِينَ دَارًا بَعِيدٌ، وَمَا يُرْوَى فِيهِ ضَعِيفٌ.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

إنما أخَّر هذا الباب عمَّا تقدمه؛ لأن في هذا الباب ذكر أحكام وصية لقوم مخصوصين، وفيما تقدمه ذكر أحكام الوصايا على وجه العموم، والخصوص أبدًا يتلو العموم وجودًا فكذا ذكرًا.

قوله: وَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ المَسْجِدِ، وإذا اختلف المسجد زال الاختلاط.

قوله: وَمَا يُرْوَى فِيهِ ضَعِيفٌ، وهو ما رُوي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال:

قَالُوا: وَيَسْتَوِي فِيهِ السَّاكِنُ وَالمَالِكُ وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى وَالمُسْلِمُ الذِّمِّيُّ؛ لِأَنَّ اسْمَ الجَارِ يَتَنَاوَلُهُمْ وَيَدْخُلُ فِيهِ العَبْدُ السَّاكِنُ عِنْدَهُ لِإِطْلَاقِهِ، وَلا يَدْخُلُ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لَهُ وَصِيَّةٌ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ غَيْرُ سَاكِنٍ.

«الجار أربعون دارًا هكذا، وهكذا، وهكذا»، وهذا خبر لا يعرف، وقد طعن في رواته مع ذلك، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: وَيَسْتَوِي فِيهِ السَّاكِنُ وَالمَالِكُ، قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: وينبغي على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وإن كانوا لا يملكون المسكن، ومن كان مالكًا ولم يكن ساكنًا لا يدخل.

قال أبو بكر بن شاهويه[1]: فهذه كرخدانيَّة[2] من محمد في مذهب أبي حنيفة رحمهما الله، وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة للمُلَّاك دون السكان، كذا في «المغني».

قوله: وَيَدْخُلُ فِيهِ العَبْدُ السَّاكِنُ عِنْدَهُ لِإِطْلَاقِهِ، وَلا يَدْخُلُ عِنْدَهُمَا؛ لأن الوصية لو ثبتت لكان الاستحقاق للمولى والمولى ليس بجارٍ؛ فأمَّا المكاتبون فيدخلون؛ لأن الاستحقاق ثبت لهم، والأرملة تدخل؛ لأن سكناها مضاف إليها، والتي هي ذات بعل لا تدخل؛ لأن سكناها غير مضاف إليها فلم تكن جارًا حقيقة، كذا في «الذخيرة»، و«الإيضاح».

---

(١) هو القاضي أبو بكر، محمد بن أحمد بن علي بن شاهويه، الشاهويه الفارسي، سمع أبا خليفة الجمحي ويحيى بن زكريا الساجي، روى عنه الحاكم أبو عبد الله ومات بنيسابور سنة إحدى وستين وثلاثمائة وردها رسولًا، جمع بين الفقه وعلم الحساب، والشَّاهوي نسبة إلى شَاهُويَه، اسم للجدّ (شاهويه).
انظر: الجواهر المضية (٣/ ٤٩-٥٠)، الوافي بالوفيات للصفدي (٢/ ٣٣).

(٢) هكذا وقع اللفظ في أكثر النُّسخ، وهكذا في «العناية» شرح الهداية (١٠/ ٤٧٦) ضمن «فتح القدير»، في نفس الموضع، وفي بعضها: (كراخدانية)، وفي البعض (كذخذائيَّة)، و(كدخذائيَّة)، و(كرا أخذ ابنه)، و(كزخرائيَّة)، و(كدِخزائيْدُه)، و(كد جزائيَّة)، و(كرها خدائيَّةٌ)، ولم أفهم المقصود من جميع هذه الألفاظ، ولا المعنى الصحيح المراد، ولا الشكل الصحيح للفظ، والنص مأخوذ من كتاب «المغني» في فروع الفقه الحنفي، للإمام الصدر الشهيد رحمه الله، وهو معدوم الآن، والله تعالى أعلم.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَصْهَارِهِ فَالوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنِ امْرَأَتِهِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لَمَّا تَزَوَّجَ صَفِيَّةَ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ مَلَكَ مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا إِكْرَامًا لَهَا» وَكَانُوا يُسَمُّونَ أَصْهَارَ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -. وَهَذَا التَّفْسِيرُ اخْتِيَارُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي عُبَيْدَةَ، وَكَذَا يَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ زَوْجَةِ أَبِيهِ وَزَوْجَةِ ابْنِهِ وَزَوْجَةِ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الكُلَّ أَصْهَارٌ. وَلَوْ مَاتَ المُوصِي وَالمَرْأَةُ فِي نِكَاحِهِ أَوْ فِي عِدَّتِهِ مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ فَالصِّهْرُ يَسْتَحِقُّ الوَصِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ لا يَسْتَحِقُّهَا؛ لِأَنَّ بَقَاءَ الصِّهْرِيَّةِ بِبَقَاءِ النِّكَاحِ وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَ المَوْتِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَخْتَانِهِ فَالوَصِيَّةُ لِزَوْجِ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ وَكَذَا مَحَارِمُ الأَزْوَاجِ)؛ لِأَنَّ الكُلَّ يُسَمَّى خَتَنًا. قِيلَ هَذَا فِي عُرْفِهِمْ. وَفِي عُرْفِنَا لا يَتَنَاوَلُ الأَزْوَاجُ المَحَارِمَ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الحُرُّ وَالعَبْدُ وَالأَقْرَبُ وَالأَبْعَدُ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ الكُلَّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ فَهِيَ لِلْأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، وَلا

قوله: وَمَنْ أَوْصَى لِأَصْهَارِهِ، أي: لأقرباء امرأته، وفي «الصحاح»: الأصهار أهل بيت المرأة.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ لا يَسْتَحِقُّهَا، وإن كانت ترث منه بأن كان الطلاق في حالة المرض، كذا في «المغني».

قوله: وَمَنْ أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ فَهِيَ لِلْأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ، إلى أن قال: وَقَالا: الوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يُنْسَبُ إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الإِسْلَامِ، وهذا كان في زمن محمد رحمه الله، فإن في زمنه ما كان في أقرباء الإنسان الذين ينسبون إليه، أي: إلى أقصى أب له في الإسلام كثرة، فأمَّا في زماننا

يَدْخُلُ فِيهِ الْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ وَيَكُونُ ذَلِكَ لِلِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا،

ففيهم كثرة لا يمكن إحصاؤهم، فتصرف الوصية إلى أولاد أبيه، وجده، وجد أبيه، وأولاد أمه، وجدته، وجد أمه، ولا تصرف إلى أكثر من ذلك، كذا كان بخطِّ شيخي رحمه الله محالًا إلى بعض شروح المشايخ «للمبسوط».

وقوله: فَهِيَ لِلْأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، إلى آخره، وحاصله أن عند أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة يشترط ستة أشياء:

أحدها: أن يكون المستحق بِهذا اللفظ ذا رحم محرم من الموصي.

والثانِي: أن ذلك لا يتفاوت من قبل الآباء والأمهات.

والثالث: يجب أن يكون ممن لا يرثه.

والرابع: أن يقدم الأقرب فالأقرب.

والخامس: أن يكون المستحق به اثنين فصاعدًا.

والسادس: أن لا يدخل فيه الولد والوالد، إلى هذا أشار في «المبسوط»، ثم ذكر فيه: وعندهما ذو الرحم المحرم وغير ذي الرحم سواء، بل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام يستوون في الاستحقاق.

وفي بيان هذا اللفظ على قولهما وجهان: أحدهما: أقصى أب له أسلم، والثانِي: أن من يناسبه إلى أقصى أب أدرك الإسلام يدخل في هذه الوصية سواء أسلم أو لم يسلم، وتفاوت ما بين القولين أن الموصيَ إذا كان علويًّا فعلى القول الأول أقصى الأب هو علي رضي الله عنه، فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر، وعلى الطريق الثانِي: أقصى الأب هو أبو طالب؛ لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر، إلى هذا أشار في «الأصل» وقال: كل أب يجمعهم منذ كان الإسلام.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن مقصوده بِهذه الوصية صلة القرابة، وقرابة ذي الرحم المحرم يفترض وصلها، وإذا تجرد الرحم عن المحرمية لا يفرض وصلها، وما ليس بفرض

وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ صَاحِبَاهُ: الوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يُنْسَبُ إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الإِسْلَامِ) وَهُوَ أَوَّلُ أَبٍ أَسْلَمَ أَوْ أَوَّلُ أَبٍ أَدْرَكَ الإِسْلَامَ وَإِنْ لَمْ يُسْلِمْ عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ المَشَايِخُ. وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ تَظْهَرُ فِي أَوْلَادِ أَبِي طَالِبٍ فَإِنَّهُ أَدْرَكَ الإِسْلَامَ وَلَمْ يُسْلِمْ.

لا يكون مزاحماً للفرض، وبالإجماع يتناول هذا اللفظ ذا الرحم المحرم، والدليل على صحة هذه القاعدة حرمة الرجوع في الهبة والعتق عند دخوله في ملكه، واستحقاق النفقة، فإنه يختص بذي الرحم المحرم، يقرره أن قرابة ذي الرحم الذي ليس بمحرم ثابت من وجه، فإن في حرمة المناكحة والأحكام التي بيَّنا هم كالأجانب، وفي حكم الميراث تعتبر قرابتهم، والثابت من وجه دون وجه لا يدخل في الاسم المطلق، كما أن اسم الصلاة عند الإطلاق لا يتناول صلاة الجنازة، واعتبار الأقرب فالأقرب؛ لأن الصلة في حق الأقرب أوجب، والوصية أخت الميراث، على معنى أنه يتعلق استحقاق المال فيهما بالموت، ثم في الميراث يقدم الأقرب فالأقرب فكذلك في الوصية، واشترط كون الأقرب غير وارثٍ له؛ لأن مقصود الموصي تصحيح وصيته ولا وصية للوارث شرعاً، واعتبار المُثنَّى فصاعدًا؛ لأن اللفظ لفظ الجمع، ولفظ الجمع في الميراث يتناول المثنى فصاعدًا.

بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته، فصيغة اللفظ هنا تتناول الواحد فصاعدًا، وإنما لا يدخل الوالد فيه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، والقياس ما ذهبَ إليه، فإن من اتصل بالمرء بغير واسطة يكون أقرب إليه ممَّن يتصل بواسطة.

ولكنا نقول: إن الله تعالى عطف الأقربين على الوالدين فقال: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، وإنما يعطف الشيء على غيره، ثم من حيث العُرف العاقل لا يقول لوالده: هو قريبي، ومن قال ذلك ينسب إلى السفه ويعد عقوقاً منه، فعرفنا أن القريب في لسان الناس من يتقرب إلى غيره بواسطة، والولد يتقرب إليه بغير واسطة كالأب فلا يدخل واحد منهما في هذه الوصية، كذا في «المبسوط».

لَهُمَا أَنَّ الْقَرِيبَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْقَرَابَةِ فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ فَيَنْتَظِمُ بِحَقِيقَةِ مَوَاضِعِ الْخِلَافِ. وَلَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، وَفِي الْمِيرَاثِ يُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، وَالْمُرَادُ بِالْجَمْعِ الْمَذْكُورِ فِيهِ اثْنَانِ فَكَذَا فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْمَقْصَدُ مِنْ هَذِهِ الْوَصِيَّةِ تَلَافِي مَا فَرَطَ فِي إِقَامَةِ وَاجِبِ الصِّلَةِ وَهُوَ يَخْتَصُّ بِذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ قَرَابَةُ الْوِلَادِ فَإِنَّهُمْ لَا يُسَمُّونَ أَقْرِبَاءَ، وَمَنْ سَمَّى وَالِدَهُ قَرِيبًا كَانَ مِنْهُ عُقُوقًا؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْقَرِيبَ فِي عُرْفِ اللِّسَانِ مَنْ يَتَقَرَّبُ إِلَى غَيْرِهِ بِوَسِيلَةِ غَيْرِهِ، وَتَقَرُّبُ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ بِنَفْسِهِ لَا بِغَيْرِهِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ بَعْدَ انْعِقَادِ الْإِجْمَاعِ عَلَى تَرْكِهِ، فَعِنْدَهُ يُقَيَّدُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَعِنْدَهُمَا بِأَقْصَى الْأَبِ فِي الْإِسْلَامِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بِالْأَبِ الْأَدْنَى.

قَالَ: (وَإِذَا أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ وَلَهُ عَمَّانِ وَخَالَانِ فَالْوَصِيَّةُ لِعَمَّيْهِ) عِنْدَهُ اعْتِبَارٌ لِلْأَقْرَبِ

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ بَعْدَ انْعِقَادِ الْإِجْمَاعِ عَلَى تَرْكِهِ، هذا جواب عن قولهما: أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسماً لمن قامت به.

وذكر في «شرح الأقطع» هاهُنا سؤالًا وجواباً فقال: فإن قيل: تساووا في سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجبَ أن يتساووا في الاستحقاق أصله إذا أوصى لبني فلان، الجواب أن تعلق الاستحقاق بالاسم يخالف الإجماع؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله اعتبر الأقرب، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله اعتبرا من ينسب إلى أقصى أب في الإسلام، والشافعي رحمه الله اعتبر من ينسب إلى الأب الأقرب الأدنى، وما خالف الإجماع لا يصح.

قوله: وَإِذَا أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ وَلَهُ عَمَّانِ وَخَالَانِ، فإن كان له ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنَّهما أقرب إليه من الخالين، ألا ترى أنَّهما في الميراث يتقدمان على الخالين، وأن بالعمومة تستحق العصوبة وأقوى ما تستحق بالقرابة العصوبة،

كَمَا فِي الإِرْثِ، وَعِنْدَهُمَا بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا إِذْ هُمَا لا يَعْتَبِرَانِ الأَقْرَبَ.

(وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَخَالَيْنِ فَلِلْعَمِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ وَالنِّصْفُ لِلْخَالَيْنِ)؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ مَعْنَى الجَمْعِ وَهُوَ الاِثْنَانِ فِي الوَصِيَّةِ كَمَا فِي المِيرَاثِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِذِي قَرَابَتِهِ حَيْثُ يَكُونُ لِلْعَمِّ كُلُّ الوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لِلْفَرْدِ فَيُحْرِزُ الوَاحِدُ كُلَّهَا إِذْ هُوَ الأَقْرَبُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ،

وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الخالان والعمان في الثلث سواء.

قوله: وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَخَالَيْنِ فَلِلْعَمِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ وَالنِّصْفُ لِلْخَالَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ مَعْنَى الجَمْعِ وَهُوَ الاِثْنَانِ فِي الوَصِيَّةِ، يعني: لو كان العم اثنين كان لكل واحدٍ منهما النصف فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضاً.

فإن قلتَ: في هذا التقدير يلزم أن يجعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم.

قلتُ: إذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا إذا لم يكن معه عم آخر كان له النصف أيضاً، فحينئذ كان لقائل أن يقول: إذا كان له عم واحد كان له الثلث؛ لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا إذا لم يكن معه غيره؛ وكذلك يجب أن يكون له الربع أو الخمس عند الانفراد على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام، وكذلك فيما وراء ذلك، ولا يقول به أحدٌ.

قلتُ: لا يلزم ذلك؛ لأن اعتبار الجموع كلها من الثلاثة والأربعة وغيرها ساقط لتعذر اعتبارها، فتعيَّن أدنى الجموع المستعمل فيه، وأدنى الجموع في الوصية والميراث الاثنان فاعتبر هو وما وراءه لم يعتبر؛ وهذا لأن نقصان حقه عن النصف باعتبار المزاحمة، وعدم المزاحمة إذا لم يكن معه غيره أظهر من عدمها إذا كان معه آخر؛ فإذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين، وفي قولهما الثلث بينهم أثلاث، إلى هذا أشار في «المبسوط».

فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَعَمَّةً وَخَالًا وَخَالَةً فَالوَصِيَّةُ لِلْعَمِّ وَالعَمَّةِ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ لِاسْتِوَاءِ قَرَابَتِهِمَا وَهِيَ أَقْوَى، وَالعَمَّةُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَارِثَةً فَهِيَ مُسْتَحِقَّةٌ لِلْوَصِيَّةِ كَمَا لَوْ كَانَ القَرِيبُ رَقِيقًا أَوْ كَافِرًا، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى لِذَوِي قَرَابَتِهِ أَوْ لِأَقْرِبَائِهِ أَوْ لِأَنْسِبَائِهِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ لَفْظُ جَمْعٍ، وَلَوِ انْعَدَمَ المَحْرَمُ بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِهَذَا الوَصْفِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِ فُلَانٍ فَهِيَ عَلَى زَوْجَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -)، وَقَالَا: يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَتَضُمُّهُمْ نَفَقَتُهُ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِالنَّصِّ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف: ٩٣]، وَلَهُ أَنَّ اسْمَ الأَهْلِ حَقِيقَةٌ فِي الزَّوْجَةِ يَشْهَدُ بِذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ [القصص: ٢٩] وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ تَأَهَّلَ بِبَلْدَةِ كَذَا، وَالمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الحَقِيقَةِ. قَالَ: وَلَوْ أَوْصَى لِآلِ فُلَانٍ فَهُوَ لِأَهْلِ بَيْتِهِ؛ لِأَنَّ الآلَ القَبِيلَةُ الَّتِي يُنْسَبُ إِلَيْهَا، وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ بَيْتِ فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِ أَبُوهُ وَجَدُّهُ؛ لِأَنَّ الأَبَ أَصْلُ البَيْتِ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ نَسَبِهِ أَوْ لِجِنْسِهِ فَالنَّسَبُ عِبَارَةٌ عَمَّنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ، وَالنَّسَبُ يَكُونُ مِنْ جِهَةِ الآبَاءِ، وَجِنْسُهُ أَهْلُ بَيْتِ

قوله: فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، أراد به قوله: لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ مَعْنَى الجَمْعِ وَهُوَ الِاثْنَانِ، إلى آخره.

قوله: وَهِيَ أَقْوَى، أي: قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤولة.

الأنسباء: في جمع النسب كالأنصباء في جمع النصيب.

قوله: وَقَالَا: يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَتَضُمُّهُمْ نَفَقَتُهُ، ولكن لا يدخل تحت هذه الوصية مماليكه وإن كان يضمّهم نفقته، كذا في «المغني».

أَبِيهِ دُونَ أُمِّهِ؛ لِأَنَّ الإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ، بِخِلَافِ قَرَابَتِهِ حَيْثُ تَكُونُ مِنْ جَانِبِ الأُمِّ وَالأَبِ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَيْتَامِ بَنِي فُلَانٍ أَوْ لِعُمْيَانِهِمْ أَوْ لِزَمْنَاهُمْ أَوْ لِأَرَامِلِهِمْ إِنْ كَانُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ فُقَرَاؤُهُمْ وَأَغْنِيَاؤُهُمْ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ التَّمْلِيكِ فِي حَقِّهِمْ وَالوَصِيَّةُ تَمْلِيكٌ.

قوله: لِأَنَّ الإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ؛ لأن الجنس عبارة عن النسب، والأنساب إنما تكون من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه؛ فإن إسماعيل عليه السلام كان من هاجر وكان من جنس قوم أبيه، وإبراهيم رضي الله عنه ابن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم كان من جنس قريش، وأولاد الخلفاء من الإماء يصلحون للخلافة، فعلمنا أنَّهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ أَوْصَى لِأَيْتَامِ بَنِي فُلَانٍ، فاليتيم اسم لصغير ماتَ أبوه لقول النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا يتم بعد الحلم»؛ ولأن اليتيم عبارة عن الانفراد يقال: درَّة يتيمة، أي: لا نظير لها فهي منفردة، فمن انفرد عمن يربيه في حال حاجته إلى التربية كان يتيماً، وبعد البلوغ قد استغنى عمن يربيه لقدرته على القيام بمصالح نفسه فلا يسمَّى يتيماً.

فإن قيل: أليس أن الكفار كانوا يسمون رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم يتيم أبي طالب؟

قلنا: هذا لطف من الله تعالى لنبيه صلَّى الله عليه وسلَّم، فإنَّهم كانوا يسبون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناوله سبهم، كما كانوا يسمونه مذمماً فيسبون المذمم ولا يتناوله؛ لأنه كان محمدًا، ثم يدخل فيه الغني والفقير هاهُنا لتحقق معنى اليتم في الفريقين، كذا في وصايا «الجامع الكبير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وقوله: إِنْ كَانُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ فُقَرَاؤُهُمْ وَأَغْنِيَاؤُهُمْ، وإن كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم؛ ثم حد الإحصاء عن أبي يوسف رحمه الله أن لا يحصوا الانكباب وحساب فهم لا يحصون، وقيل: إذا كان بحال لا يحصيهم المحصي حتى يلد فيهم مولودًا ويموت فيهم أحد فإنَّهم لا يحصون، وقال محمد رحمه الله: إذا كانوا أكثر من مائةٍ

وَإِنْ كَانُوا لا يُحْصَوْنَ فَالوَصِيَّةُ فِي الفُقَرَاءِ مِنْهُمْ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الوَصِيَّةِ القُرْبَةُ وَهِيَ فِي سَدِّ الخَلَّةِ وَرَدِّ الجَوْعَةِ. وَهَذِهِ الأَسَامِي تُشْعِرُ بِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ فَجَازَ حَمْلُهُ عَلَى الفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِشُبَّانِ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لا يُحْصَوْنَ، أَوْ لِأَيَامَى بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لا يُحْصَوْنَ حَيْثُ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ؛

فإنَّهم لا يحصون، وقال بعضهم: هو مفوض إلى رأي القاضي وعليه الفتوى، والأيسرُ ما قاله محمد رحمه الله، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: أَوْ لِأَيَامَى بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لا يُحْصَوْنَ حَيْثُ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ، فإن قيل: كيف فرق بين الأرامل والأيامى في حق الاسم والحكم المرتب عليهما، حيث جعل الأرامل من أسماء الحاجة، وعدم الإحصاء فيهم غير مانع لصحة الوصية لهم، ولم يجعل الأيامى من أسماء الحاجة وجعل عدم الإحصاء فيهم مانعاً لصحة الوصية، مع أن الأيم والأرملة اسمان مترادفان لامرأة لا زوج لها في اللغة.

قلتُ: نعم كذلك وهما وإن كانا اسمين مترادفين لامرأة لا زوج لها استعمالًا، ولكن في أصل ما يرجع إليه اشتقاقهما يفترقان، فاختلاف الحكم المبنى عليهما كان بسبب اختلاف مرجعهما إلى ذلك الأصل.

وقال الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الكبير»: ولو أوصى بثلث ماله لأرامل بني فلان وهم يحصون أو لا يحصون فالوصية جائزة؛ لأن في الحقيقة معنى هذا الاسم ما ينبئ عن الحاجة، يقال: أرمل القوم إذا نفد ما عندهم من الزاد فصاروا محتاجين.

ثم قال: الأرامل النساء خاصة دون الرجال، وقال الشعبي: يدخل فيه النساء والرجال، ولكنا نقول: يتناول النساء خاصة؛ لأن معنى مفارقة الزوج في هذا اللفظ معتبر فإن من لم تتزوج لا تسمى أرملة، ونفقة الزوجات على الأزواج شرعـاً، فالمرأة إذا فارقها زوجها نفد ما كان لها من النفقة بِهذه المفارقة تسمى أرملة، وأمَّا الرجل فلم ينفد زاده بِهذه الفرقة؛ إذ ليس له عليها شيء من الزاد فلا يكون أرمل، ثم الأرامل من النساء البالغة التي كان لها زوج

لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّفْظِ مَا يُنْبِئُ عَنِ الحَاجَةِ فَلَا يُمْكِنُ صَرْفُهُ إِلَى الفُقَرَاءِ، وَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ تَمْلِيكًا فِي حَقِّ الكُلِّ لِلْجَهَالَةِ المُتَفَاحِشَةِ وَتَعَذُّرَ الصَّرْفُ إِلَيْهِمْ، وَفِي الوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ يَجِبُ الصَّرْفُ إِلَى اثْنَيْنِ مِنْهُمْ اعْتِبَارًا لِمَعْنَى الجَمْعِ، وَأَقَلُّهُ اثْنَانِ فِي الوَصَايَا عَلَى مَا مَرَّ.

ففارقها أو ماتَ عنها سواءٌ دخل بها أو لم يدخل وهي محتاجة؛ لما بينا أن حقيقة المعنى فيه نفاد زادها بسقوط نفقتها عن زوجها.

ثم قال: ولو أوصى بثلث ماله لأيامى بني فلان فإن كن لا يحصين فالوصية باطلة؛ لأنه ليس في الاسم ما ينبئ عن الحاجة، فالتأيم هو البعد عن الزوج، وإذا لم يكن فيه ما ينبئ عن الحاجة تعذر إدخال الكل في الوصية إذا كن لا يحصين فبطلت الوصية، وإن كن يحصين فالوصية جائزة، ولا يدخل في الأيامى الرجال إنما الوصية للنساء خاصة.

وكان الكرخي رحمه الله يقول: يدخل فيه الرجال والنساء، ولكن قول محمد رحمه الله حجة في اللغة.

وذكر في «المغرب» أيضـًا ما يدل على أن اختلاف الحكم فيهما واقع أيضـًا على إنباء اللغة على ذلك، وقال: أرمل أي: افتقر من الرمل كادقعَ من الدقعاء وهي التراب، ثم قال: وفي «التهذيب»: يقال للفقير الذي لا يقدر على شيء من رجل أو امرأة: أرمل، ولا يقال للتي لا زوج لها وهي موسرة أرملة، فعُلِم بهذا أن معنى الفقر لازم في الأرمل، والأيم التي لا زوج لها بكرًا كان أو ثيبـًا، ورجل أيم أيضـًا، وقد آمت أيمة والفقر فيه ليس بلازم، فلذلك صار اسم الأيامى بمنزلة اسم الشبان في أنه لا ينبئ عن الحاجة.

وقوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِشُبَّانِ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ أَوْ لِأَيَامَى بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ حَيْثُ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ، ثم إنما تبطل الوصية لقوم لا يحصون إذا كان اسم ذلك القوم لا ينبئ عن الحاجة كالشبان، وإذا كان ينبئ عن الحاجة كالفقراء والمساكين تصح الوصية وإن كانوا لا يحصون، للمعنى الذي ذكره الإمام شمس الأئمة، والمعروف بصدر

وَلَوْ أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِمُ الإِنَاثُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَوَّلُ قَوْلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا؛ لِأَنَّ جَمْعَ الذُّكُورِ يَتَنَاوَلُ الإِنَاثَ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: يَتَنَاوَلُ

حميد رحمهما الله في باب من يوصي لبني فلان من وصايا «الجامع الكبير» فقالا:

إن الاستحقاق متى علق بالنسبة فإن كان في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة صحت الوصية وإن كانوا لا يحصون؛ لأن مقصود الموصي إزالة حاجة المحتاج، وجهة القربة والوصية متى وقعت بجهة هي قربة صار المراد بها وجه الله تعالى؛ والله تعالى واحد لا شريك له فلم تكن للجهالة فيه تصور، فكان هذا والوصية بالصدقة المطلقة سواء، وإذا لم يكن في لفظه ما ينبئ عن الحاجة لم تكن القربة فيها مقصودة، بل كان المقصود هو التمليك من المسمى، وجهالة المتملك مانعة صحة التمليك فلا بدَّ من إعلام المسمى بذلك؛ وذلك لأنه لمَّا سمى قوماً يحصون تصح الوصية لصحة التمليك منهم، وأمَّا إذا كانوا لا يحصون فتبطل الوصية لجهالة تمكنت في المصروف إليه على وجه لا يمكن رفعها، فإن الصرف إلى الكل غير ممكن لكثرتهم، وليس بعضهم بأَوْلَى من البعض فكانت الوصية باطلة بمنزلة الوصية لبني آدم، أو لأهل الدنيا.

وقال في «الصحاح»: الشباب جمع شاب وكذلك الشبان.

وفي «الإيضاح»: وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا أوصى لشبان أهل بيته أو لكهولهم أو لمشايخهم، فالشباب من خمسة عشر إلى خمسين سنة إلى أن يغلب عليه الشمط؛ والكهل من ثلاثين سنة إلى آخر عمره، والشيخ ما زاد على خمسين سنة، وجعل أبو يوسف رحمه الله الشيخ والكهل سواء فيما زاد على الخمسين، ورُوي عن محمد رحمه الله أنه قال: الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك، والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه، وما بين خمسين إلى ستين، إلى أن يغلب عليه الشيب فحينئذٍ يكون شيخاً.

قوله: وَلَوْ أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِمُ الإِنَاثُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَوَّلُ قَوْلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا، ثم اعلم أن عندهما إنما يدخل الإناث تحت هذه الوصية فيما إذا اختلط الذكور والإناث، وأمَّا إذا انفرد الإناث فلا شيء لهن بالاتفاق، ثم هذا الذي ذكره فيما إذا كان

الذُّكُورَ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الِاسْمِ لِلذُّكُورِ وَانْتِظَامُهُ لِلْإِنَاثِ تَجَوُّزٌ وَالكَلَامُ لِحَقِيقَتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَنُو فُلَانٍ اسْمَ قَبِيلَةٍ أَوْ فَخِذٍ حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالإِنَاثَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ يُرَادُ بِهَا أَعْيَانُهُمْ إِذْ هُوَ مُجَرَّدُ الِانْتِسَابِ كَبَنِي آدَمَ، وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوْلَى العَتَاقَةِ وَالمُوَالَاةُ وَحُلَفَاؤُهُمْ.

فلان ذلك أبًا لأولادٍ، وأمَّا إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو اسم فخذ وهو أخص من اسم القبيلة يتناول الذكور والإناث بالاتفاق.

قوله: لِأَنَّ حَقِيقَةَ الِاسْمِ لِلذُّكُورِ وَانْتِظَامُهُ لِلْإِنَاثِ تَجَوُّزٌ، ألا ترى أنه يستقيم أن ينفي اسم البنين عن البنات بإثبات غيره وهو اسم البنات، ولا يستقيم نفي هذا الاسم عن الذكور بحال، وهذا هو علامة الفرق بين الحقيقة والمجاز، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوْلَى العَتَاقَةِ، أي: الفقراء منهم.

قال في «الجامع الكبير» لشمس الأئمة: وإن كان في بني فلان موالي عتاقةٍ فقراء، وموالي أسلموا على أيديهم ووالوهم، وفقراء موالي موالٍ وحليف لهم وعديد، فهم يدخلون جميعًا في الوصية، يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم.

والحليف: اسم من يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون له على التناصر، والعديد: من يعد نفسه منهم وهم وعدوا ذلك له من غير حلف؛ وإنما دخل الكل لأن الإيجاب هاهُنا تعلق بالنسبة إلى القبيلة وهم في هذه النسبة سواء للتناصر منهم بِهذه الأسباب، ألا ترى أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «مولى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم»؛ وهذا لأن حقيقة النسب تكون في حكم المنقطع بالامتداد، ألا ترى أن أحدًا لا ينسب إلى آدم عليه السلام بالنسب، ولكن بالنسبة يقال: إنه من بني آدم، ولمَّا كان كذلك استوى الكل في الاستحقاق بِهذا الاسم لاستوائهم في التناصر، بخلاف ما إذا كان فلان أبو أولاد ليس بقبيلة ولا فخذ، فهنالك حقيقة النسب متصل غير منقطع فيتعلق الاستحقاق به ولا يدخل الموالي فيه.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِوَلَدِ فُلَانٍ فَالوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ)؛ لِأَنَّ اسْمَ الوَلَدِ يَنْتَظِمُ الكُلَّ انْتِظَامًا وَاحِدًا.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى لِوَلَدِ فُلَانٍ فَالوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ، حتى لو كان لفلان بنات لا غير دخلن تحت الوصية؛ لأن الوصية حصلت باسم الولد، واسم الولد يطلق على الإناث حالة الانفراد كما يطلق على الذكور، يقال: هذه المرأة ولد فلان، بخلاف ما لو أوصى لبني فلان ولفلان بنات لا غير فإنه لا شيء لهن؛ لأن اسم البنين لا يقع على الإناث حالة الانفراد، كذا في «الذخيرة».

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصغير» في تقرير مسألة الوصية لما في البطن وقال: لو أوصى لأولاد فلان ولم يكن لفلان ولد، وإنما ولد له ولد بعد الوصية قبل موت الموصي فالوصية صحيحة.

ثم قال في «الذخيرة»: في هذه المسألة يكون ثلث ماله بينهم بالسوية لا يفضل الذكور على الإناث؛ لأن الموصي لم يفضل الذكور على الإناث، ولا يدخل أولاد الأولاد تحت هذه الوصية حال قيام أولاد الصلب، فأو لاد البنين وأولاد البنات في ذلك على السواء؛ لأن الموصي أوصى لولد فلان وولد فلان على الحقيقة من يولد من فلان، والذي يولد من ابنه أو بنته لم يولد من فلان، فكان حقيقة هذا الاسم لولد صلبه، فما دام لفلان ولد الصلب لا يدخل ولد ابنه تحت الوصية، كالحربي إذا أخذ أماناً لولده فإنه إذا كان له ولد الصلب لا يدخل ولد ابنه في الأمان، فكذا هذا.

وهذا إذا كان فلان أباً خاصًا، فأمَّا إذا كان هذا أب فخذ فأولاد الأولاد يدخلون تحت الوصية حال قيام ولد الصلب؛ لأن في الأب الخاص لا يراد بهذا أولاد الأولاد؛ لأنه قد يخلو بنوه وبناته عن الأولاد إذا كان هو أباً خاصًا، وأمَّا إذا كان فلان فخذًا فلا يخلو بنوه وبناته عن الأولاد.

ثم في مسألتنا إن لم يكن لفلان إلا ولد واحد كان الثلث كله له، بخلاف ما لو أوصى لأولاد فلان وله ولد واحد فإنه يستحق النصف، ووجه الفرق بينهما أن الأولاد جمع، وأقل

(وَمَنْ أَوْصَى لِوَرَثَةِ فُلَانٍ فَالوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَى لَفْظِ الوَرَثَةِ آذَنَ ذَلِكَ بِأَنَّ قَصْدَهُ التَّفْضِيلَ كَمَا فِي المِيرَاثِ.

وَمَنْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ وَلَهُ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ وَمَوَالٍ أَعْتَقُوهُ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ: إِنَّ الوَصِيَّةَ لَهُمْ جَمِيعًا، وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَنَّهُ يُوقَفُ حَتَّى يُصَالِحُوا. لَهُ أَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمْ يُسَمَّى مَوْلًى فَصَارَ كَالإِخْوَةِ.

الجمع في باب الوصية والميراث اثنان، فكان للواحد النصف كما لو أوصى لأقربائه وله عم واحد كان له النصف، وأمَّا الولد فليس باسم جمع وإنما هو اسم جنس، ومطلق اسم الجنس يطلق على أدنى ما ينطلق عليه الاسم، كما لو حلف لا يشرب الماء، أو لا يتزوج النساء، حيث يحنث بشرب قطرة ونكاح واحدة.

وإذا أوصى لأولاد فلان وليس لفلان أولاد لصلبه، يدخل تحت الوصية أولاد البنين، وهل يدخل فيه أولاد البنات؟ ففيه روايتان.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى لِوَرَثَةِ فُلَانٍ، إلى آخره، ثم في هذه المسألة لو ماتَ الموصي قبل أن يموت الموصى لورثته فالوصية باطلة، وإن مات الموصى لورثته قبل موت الموصي فهو بين ورثته على عدد رؤوسهم، يعني: إذا ضمَّ معهم غيرهم بأن أوصى لفلانٍ ولورثته فإنَّهم يقاسمون الموصى له بالثلث برؤوسهم، فما أصابَهم من ذلك قسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، بخلاف ما إذا أوصى لبني فلان، فإن الذكر والأنثى فيه سواء على ما ذكر الفرق في الكتاب، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ: إِنَّ الوَصِيَّةَ لَهُمْ جَمِيعًا، وذكر في شروح «الجامع الكبير» زفر مكان الشافعي هاهنا في قوله: إن الوصية جائزة ويدخل فيها الفريقان.

قوله: لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمْ يُسَمَّى مَوْلًى فَصَارَ كَالإِخْوَةِ، يعني: أنه إذا أوصى لإخوة فلان فإنه يصح ويدخل فيه الأخ لأب وأم، والأخ لأم، والأخ لأب؛ لأن الكل يسمى أخـًا لفلان، فكذا

وَلَنَا أَنَّ الجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يُسَمَّى مَوْلَى النِّعْمَةِ وَالآخَرُ مُنْعَمٌ عَلَيْهِ فَصَارَ مُشْتَرَكًا فَلَا يَنْتَظِمُهُمَا لَفْظٌ وَاحِدٌ فِي مَوْضِعِ الإِثْبَاتِ، بِخِلَافِ مَا إذَا حَلَفَ

ينبغي أن يدخل هنا المولى الأعلى والمولى الأسفل؛ لأن كلًّا منهما يسمى مولًى، وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله.

والجواب عن هذا على ظاهر الرواية هو أن اسم الأخ ينطلق على كل واحد بمعنى واحد، وهو الحامل على الشخصين، إلا أن محل الاشتمال مرة يكون هو الصلب، ومرة يكون هو الرحم، فإذا اختلف محل الاشتمال لا معنى للاشتمال، والشيء لا يختلف باختلاف محله فبقي الاسم متناولًا الكل بمعنى واحدٍ، فكان عامًّا فيجري على عمومه، وفيما نحن فيه المعنى مختلف؛ لأن المولى الأعلى منعم والأسفل منعم عليه فصار بمعنى الفاعل مرَّة، وبمعنى المفعول مرَّة أخرى فصار مشتركًا لا عامًّا؛ لأن العام ما يشتمل جمعًا بمعنى واحدٍ وبطل التعيين؛ لأن مقاصد الناس مختلفة، من الناس من يقصد الأعلى مجازاةً وشكرًا لإنعامه، ومن الناس من يقصد الأسفل زيادةً للإنعام في حقه، فلمَّا كان كذلك وجب التوقف حتى يقوم الدليل ولم يوجد؛ لأن أحدًا منا لا يطلع على مقصود الموصي ومراده، كذا في «الجامع الكبير» للإمام المعروف بصدر حميد رحمه الله.

ثم قوله: أَنَّ الجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ، احتراز عن لفظ الأخوة التي ذكرنا.

وقوله: فِي مَوْضِعِ الإِثْبَاتِ، احتراز عمَّا إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل؛ لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه؛ لأن النفي يعمه، ويتناول المتضاد والمختلف والوصية إثبات وذلك لا يعم، ألا ترى أنه لو قال: ما رأيتُ رجلًا، حمل على كل ما يتناوله الاسم، ولو قال: رأيتُ رجلًا اقتضى أنه رأى واحدًا غير معين، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: فَصَارَ مُشْتَرَكًا فَلَا يَنْتَظِمُهُمَا لَفْظٌ وَاحِدٌ، فإن قلتَ: سلمنا أن المولى اسم مشترك وإثبات الحكم بالمشترك غير باطل، ألا ترى أن الله تعالى أثبتَ الحكم بالمشترك في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]؛ وذلك لأن السامع

لا يُكَلِّمُ مَوَالِيَ فُلَانٍ حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الأَعْلَى وَالأَسْفَلَ؛ لِأَنَّهُ مَقَامُ النَّفْيِ وَلا تَنَافِي

ربما يرجح أحد المرادين على الآخر بنوع دليل ظهر له، كما رجحنا الحيض على الطهر في اسم القرء بنوع رجحان ظهر لنا، فكيف قال في الكتاب مع هذا: فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ؟

قلتُ: لمَّا لم يكن هاهُنا ترجيح أحد المرادين على الآخر لتعارض موجبهما على السواء كما في الوصية للأعلى معنى المجازاة، وقضاء حق النعمة، وفي الوصية للأسفل تربية الصنيعة والزيادة في الإنعام عليه صار من قبيل المجمل، لكن سمَّاه مشتركًا لصدور إجماله من الاسم المشترك الذي لا يمكن ترجيح أحد النوعين على الآخر، ولا فائدة في إجمال العبد، بخلاف ما أنزل الله تعالى من المجمل والمتشابه في القرآن، فإن فيه فائدة سوى العمل بمعناه وهي اعتقاد حقية المراد به، والاعتقاد بالحق بأنه حق رأس العمل، وجواز الصلاة بنظمه.

فإن قلتَ: لا نسلم بأنه لا فائدة في إجمال العبد، فإن العبد إذا أجمل فيما يجب عليه يصح ويجبر على البيان، حتى أن رجلًا لو أقرَّ بشيء لفلان فقال: لفلان عليَّ شيء فإنه صحيح، وإن كان مجملًا فيجبره القاضي على البيان.

قلتُ: ذاك ليس بنظير مسألتنا، فإن ذلك في الواجب الذي لا يمكن الرجوع عنه بعد الإقرار، والذي نحن فيه من المندوب والمستحب الذي لو أوصى به ثم رجع يصح ولا يجبره القاضي على البيان؛ ولأن كلامنا فيما إذا أوصى بثلث ماله لموالي فلان وماتَ قبل البيان، وبعد الموت لا يمكن الرجوع إليه بالاستفسار فتبطل الوصية بذلك، لعدم إمكان ترجيح أحد المرادين على الآخر حتى قلنا: إن الوصية في هذه الصورة باطلة إلا أن يبين ذلك في حياته.

فإن قلتَ: لا نسلم بأن ترجيح أحد المرادين على الآخر غير ممكن، فإن رجحان صرف الوصية إلى المولى الأعلى الذي أعتقه ثابت؛ لما أن شكر الإنعام واجب وفضل الإنعام في حق المنعم عليه مندوب، فكان صرف الوصية إلى الواجب أَوْلَى من صرفها إلى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بِهذا المعنى.

فِيهِ، وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الوَصِيَّةِ مَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ، وَلا يَدْخُلُ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلادِهِ؛ لِأَنَّ عِتْقَ هَؤُلاءِ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَالوَصِيَّةُ تُضَافُ إِلَى حَالَةِ المَوْتِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ الِاسْمِ قَبْلَهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ؛ لِأَنَّ سَبَبَ

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن هذا الوجوب لا يدخل في هذا الحكم، فإن القاضي لا يجبره على شكره بالإيصاء لا محالة، فكان وجوده كعدمه فلم يعتبر الوجوب لذلك.

ولأن صرف الوصية إلى المولى الأسفل ثابت بوجه آخر، وهو أن المعروف فيما بين الناس الوصية بثلث المال للفقراء ابتغاءً لمرضاة الله تعالى، واتباعاً للزكاة في حق المصارف، والغالب في المولى الأسفل الفقر وفي المولى الأعلى الغناء، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فكان الصرف إلى الأسفل أَوْلَى من هذا الوجه.

وهذا أيضاً مرويٌّ عن أبي يوسف رحمه الله في رواية لهذا المعنى، ولمَّا كان كذلك قد تعارض المرادان على السواء فلم يمكن الترجيح فبطلت الوصية لذلك، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الذخيرة»، و«الجامع الكبير» للإمام المعروف بصدر حميد رحمه الله.

قوله: وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الوَصِيَّةِ، أي: في الوصية لمواليه.

قوله: فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ الِاسْمِ قَبْلَهُ، أي: لا بدَّ من تحقق اسم المولى قبل الموت.

وفي «الجامع الكبير» للإمام المعروف بصدر حميد رحمه الله: وإنما لم يكن للمدبرين وأمهات الأولاد شيء من الثلث؛ لأن الموت يوجد وهؤلاء مماليكه، وإنما يثبت العتق بعد الموت والعتق يقع على المملوك والوصية تقع عند الموت، فيكون هؤلاء وقت وقوع الوصية مماليكه لا مواليه.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ، في الوصية؛ لأنه بالتدبير والاستيلاد استحق ولاءهم، ألا ترى أن المدبر إذا كان بين شريكين أعتقه أحدهما وضمن نصيب شريكه كان ولاؤه بينهما، فدل على أن بنفس التدبير قد استحق ولاءهم فكانوا من جملة مواليه، ولكن ما ذكره محمد رحمه الله أصح؛ لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق،

الِاسْتِحْقَاقِ لَازِمٌ، وَيَدْخُلُ فِيهِ عَبْدٌ قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ إِنْ لَمْ أَضْرِبْكَ فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَثْبُتُ قُبَيْلَ الْمَوْتِ عِنْدَ تَحَقُّقِ عَجْزِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ وَأَوْلَادُهُ مَوَالٍ وَمَوَالِي مُوَالَاةٍ يَدْخُلُ فِيهَا مُعْتَقُوهُ وَأَوْلَادُهُمْ دُونَ مَوَالِي الْمُوَالَاةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ أَيْضًا وَالْكُلُّ شُرَكَاءُ؛ لِأَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ عَلَى السَّوَاءِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الْجِهَةُ مُخْتَلِفَةٌ، فِي الْمُعْتَقِ الْإِنْعَامُ، وَفِي الْمَوَالِي عَقْدُ الِالْتِزَامِ وَالْإِعْتَاقُ لَازِمٌ

بل بالإحياء الحاصل بالعتق وذلك يكون بعد موته، كذا ذكره الإمام شمس الأئمة رحمه الله في «الجامع الكبير».

قوله: وَيَدْخُلُ فِيهِ عَبْدٌ، أي: بالإجماع.

قوله: لِأَنَّ الْعِتْقَ يَثْبُتُ قُبَيْلَ الْمَوْتِ عِنْدَ تَحَقُّقِ عَجْزِهِ؛ لأنه لمَّا أشرف على الموت وعجز عن الصرف فقد تحقق شرط الحنث، فعتق قبل موته ويكون من مواليه عند الموت، بخلاف المدبر وأم الولد فإنه يعتق بعد الموت، ويدخل فيه معتقوه وأولادهم، أمَّا المعتقون فظاهر؛ لأن اسم الموالي للمعتَقين حقيقة وكذلك أولاد الموالي، فإن نسبتهم إليه بالولاء للعتق الذي باشره في آبائهم، لا لعتق آخر وجد من غيره، والفروع أجزاء الأصول فكان الاسم حقيقة في الأجزاء كما هو حقيقة في الأصول، وهذا بخلاف ما إذا أوصى لبني فلان وفلان أب الأولاد لم يدخل أولاد الأولاد مع الأولاد؛ لأن نسبتهم إليه بالولادة، وقد وجد في النافلة ولادة أخرى سوى ما كان في ولد الصلب فكان الاسم مجازًا في حقهم، ألا ترى أنه يستقيم نفيه عنهم فيقال: إنَّهم ليسوا ببنيه بل هم بنوا بنيه، وهاهُنا لا يستقيم نفي اسم المولى عن أولاد الموالي فكان الاسم لهم حقيقة.

وقوله: وَالْإِعْتَاقُ لَازِمٌ، كالجواب لسؤال من سأل وقال: لمَّا كانت جهة المولى مختلفة لِمَ رجحت مولى العتاقة على مولى الموالاة مع أن اسم المولى حقيقة، فأجاب عن رجحانه في الكتاب باللزوم في العتاق.

وذكر شمس الأئمة رحمه الله هذه المسألة في «الجامع الكبير»، ولم يذكر الاختلاف

فَكَانَ الِاسْمُ لَهُ أَحَقَّ، وَلا يَدْخُلُ فِيهِمْ مَوَالِي المَوَالِي لِأَنَّهُمْ مَوَالِي غَيْرِهِ حَقِيقَةً، بِخِلَافِ مَوَالِيهِ وَأَوْلادِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ بِإِعْتَاقٍ وُجِدَ مِنْهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوَالٍ وَلا أَوْلَادُ المَوَالِي؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَهُمْ مَجَازٌ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِ الحَقِيقَةِ. وَلَوْ كَانَ لَهُ مُعْتَقٌ وَاحِدٌ وَمَوَالِي المَوَالِي فَالنِّصْفُ لِمُعْتَقٍ وَالبَاقِي

فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان وقال: فإن كان له موالي أعتقهم، وأولاد موال، أو موالي موال مع موالي الموالاة فلا شيء لموالي الموالاة من الثلث استحسانـًا؛ لأنه ولاء ضعيف مختلف فيه بين العلماء، وسببه عقد محتمل للفسخ، بخلاف ولاءِ العتق فإنه بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته، والمزاحمة لا تتحقق بين الضعيف والقوي، وكان ينبغي في القياس أن يكون الذين أسلموا على يديه ووالوه مثل موالي العتاقة؛ لأن ولاءه على الفريقين بمباشرته سبب الولاء من عقد أو عتق، فكان الاسم للفريقين حقيقة.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوَالٍ - أي: موالي عتاقة - وَلا أَوْلَادُ المَوَالِي، أي: ولا أولاد موالي العتاقة، يعني: حينئذٍ يصرف الثلث إلى موالي الموالاة.

وفي «الجامع الكبير»: وإن لم يكن له إلا موالي الموالاة كان الثلث لهم؛ لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه.

قوله: وَلَوْ كَانَ لَهُ - أي: للموصي - مُعْتَقٌ وَاحِدٌ - أو ولد واحد لمعتقه - وَمَوَالِي المَوَالِي فَالنِّصْفُ لِمُعْتَقِهِ وَالبَاقِي لِلْوَرَثَةِ، وحاصله أنه إذا لم يكن له موال أعتقهم إنما له أولاد موال وموالي موالاة فالوصية لأولاد مواليه؛ لما بيَّنا أن اسم الموالي للأولاد حقيقة كما هو للآباء، وإذا صارت الحقيقة مرادة يتنحى المجاز، ولو لم يكن له إلا موال موالي فالوصية لهم؛ لأن الحقيقة غير مرادة باللفظ هاهُنا لكونه معدومـًا، فإذا تعذر إعمال اللفظ في الحقيقة يعمل بمجازه فتصرف الوصية إلى موالي مواليه، ولو كان بقي من مواليه أو من أولادهم اثنان فصاعدًا فالثلث كله لهم دون موالي الموالي؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث للمثنى حكم الجمع حتى إن الأخوين يحجبان الأم من الثلث إلى السدس مع أن المنصوص

لِلْوَرَثَةِ لِتَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ، وَلا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ ابْنُهُ

عليه اسم الإخوة، فكذلك في الوصية للمثنى حكم الجمع.

ولو لم يبق من المعتقين ولا من أولادهم إلا واحد كان نصف الثلث لذلك الواحد؛ لأن الإيجاب كان باسم الجمع فلا يستحق الواحد كله وإنما يستحق النصف، ألا ترى أنه لو كان معه آخر استحقا الجميع فيكون حظ كل واحدٍ منهما النصف، فإذا لم يكن إلا واحدًا استحق نصيبه وهو النصف، والنصف الثانِي مردود على الورثة ولا يكون لموالي الموالي منه شيء أصلًا؛ لأن اللفظ صار معمولًا به في حقيقته فيتنحى المجاز عنه أصلًا؛ وهو كما قال أبو حنيفة رحمه الله فيما إذا أوصى بثلث ماله لبنيه وله ابن واحد وبنو البنين، فللابن نصف الثلث ولا شيء لبني البنين، فهذا مثله، كذا في «الجامع الكبير» لشمس الأئمة رحمه الله.

قوله: وَالبَاقِي لِلْوَرَثَةِ - أي: لا يكون لموالي الموالي - لِتَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ، أي: فيما أوصى لمواليه.

قوله: مَوَالِي أَعْتَقَهُمْ، هكذا وقع في النسخ، ولكن الصواب في هذا أن يقال: مَوَالٍ أَعْتَقَهُمُ ابْنُهُ أَوْ أَبُوهُ، كما هو المذكور في «الإيضاح»، و«الجامع الكبير»؛ لأن التعليل الذي علل به إنما يصح في الذين أعتقهم ابنه أو أبوه، لا في موالٍ أعتقهم الموصي؛ لأن أولئك مواليه حقيقة.

وذكر الإمام المعروف بصدر حميد رحمه الله في «الجامع الكبير»: ولو أن رجلًا أوصى بثلث ماله لمواليه وليس له موال أعتقهم، ولا أولادهم، ولا موالي الموالي، لكن له موالي أبيه وموالي ابنه فلا شيء لهم من الوصية؛ لأن هذا الاسم لا ينطلق عليه لا حقيقةً ولا مجازًا؛ لأن الحقيقة هو أن يباشر إعتاق المملوك فيصير به مولًى له، والمجاز أن يسبب لذلك بإعتاق مملوك ثم يعتق ذلك المعتَقُ مملوكًا فلم يوجد في حق موالي الأب وموالي الابن فعل الإعتاق ولا تَسْبيبُه، فقلنا: إنَّهم لا يدخلون في هذه الإضافة، ووارث الإنسان من موالي أبيه وموالي ابنه ما كان؛ لأنه مولى له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لا لأن الولاء انتقل إليه؛ وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب لا يورث، نصَّ عليه صاحب الشرع

أَوْ أَبُوهُ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِمَوَالِيهِ لا حَقِيقَةً وَلا مَجَازًا، وَإِنَّمَا يُحْرِزُ مِيرَاثُهُمْ بِالعُصُوبَةِ، بِخِلَافِ مُعْتَقِ البَعْضِ؛ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِالوَلَاءِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

فقال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث».

ألا ترى أن الرجل قد يكون من قبيلة وأبوه من قبيلة أخرى، بأن كان الرجل وابنه عبدين فاشترى الأبَ رجل تميمي والابن رجل أسدي، فأعتق الأسدي الابن والتميمي الأب، ثم إن الابن اشترى عبدًا فأعتقه ثم مات الابن ثم مات معتق الابن ولم يترك عصبة فإن ميراثه يكون للأب بحكم أنه قام مقام ابنه في التعصيب؛ لا لأن الولاء انتقل إليه بموت الابن؛ لأنه لو انتقل ولاؤه إلى الأب بعد موت الابن كان ولاؤه لبني تميم، فإن ولاء الأب لبني تميم ولم يصر الولاء لبني تميم بالاتفاق، حتى إن مولى الابن لو جنى لا يكون عقله على بني تميم بل يكون على بني أسد، ولو انتقل ولاؤه لكان على بني تميم؛ لأن ولاء الأب لهم، ثبتَ بِهذا أن الولاء لم ينتقل إلى الأب والأب إنما يرث لأنه قام مقام الابن في الميراث.

وحصل من هذا كله أن الذي ينسب إليه بالولاء على نوعين: حقيقة ومجاز، فالحقيقة على نوعين: مولى بولاء غير قابل للفسخ، وهم الموالي الذين أعتقهم، وأولاد هذه الموالي، وهؤلاء هم المقدمون على غيرهم في صرف الوصية للموالي إليهم، ومولًى بولاء قابل للفسخ وهو الموالي بولاء الموالاة، وهؤلاء لا يزاحمون المقدمين لضعفهم وقوة الأولين على ما ذكرنا، وإن كان اسم الموالي حقيقة لهم أيضًا؛ لأن ولاء الموصي على الفريقين بمباشرته سبب الولاء بنفسه بعتق في الأولين، وعقد في الآخرين، وأمَّا المجاز فهو موالي الموالي؛ لأنه لم يعتقهم حقيقةً ولكن تسبب لإعتاق من يعتقهم فكانت نسبة ولائهم له مجازًا، فلا تصرف الوصية باسم الموالي إليهم عند وجود الحقيقة، وتصرف إليهم عند عدم الحقيقة؛ وأمَّا موالي أبيه أو ابنه فلا ينسبون إليه بالولاء لا حقيقةً ولا مجازًا؛ فلذلك لا تصرف الوصية إليهم أصلًا.

قوله: بِخِلَافِ مُعْتَقِ البَعْضِ، هكذا وقع في النسخ، لكن هو ليس بصواب بل الصواب أن يقول: بخلاف معتق المعتق، كما هو المذكور في «الإيضاح»؛ لأنه ثبت بهذا الفرق بين

....

موالي المولى وبين موالٍ أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضـًا، وذلك إنما يستقيم فيما إذا قال: بخلاف معتق المعتق.

وأمَّا معتق البعض فعند أبي حنيفة رحمه الله لم ينسب إليه بالولاء بعد؛ لأنه بمنزلة المكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة، وعندهما لو نسب إليه إنما ينسب إليه بالولاءِ حقيقةً فلا يحتاج إلى ذكره، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ الوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَى وَالخِدْمَةِ وَالثَّمَرَةِ

قَالَ: (وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةً وَتَجُوزُ بِذَلِكَ أَبَدًا)؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا فِي حَالَةِ الحَيَاةِ بِبَدَلٍ وَغَيْرِ بَدَلٍ، فَكَذَا بَعْدَ المَمَاتِ لِحَاجَتِهِ كَمَا فِي الأَعْيَانِ، وَيَكُونُ مَحْبُوسًا عَلَى مِلْكِهِ فِي حَقِّ المَنْفَعَةِ

بـاب الوصية بـالخدمة والسكنى والثمرة

لمَّا فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان، شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع، وأخَّر هذا الباب عنه؛ لما أن المنافع بعد الأعيان وجودًا فكذلك أوردها ذكرًا.

قوله: وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ - أو غلتهما - سِنِينَ مَعْلُومَةً وَتَجُوزُ بِذَلِكَ أَبَدًا، وهذا عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يجوز شيء من ذلك مؤقتًا ولا غير مؤقت؛ لأن الموصي يملك الموصى له بإيجابه، وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له، والمنفعة والغلة التي تحدث بعد موته ليس بمملوك له، وإيجابه لا يتناول المنفعة والغلة التي تحدث في حال حياته فتبطل وصيته بها.

ولكنا نقول: المنفعة تحتمل التمليك ببدل وبغير بدل في حال الحياة، وتحتمل التمليك بعد الموت أيضًا؛ وهذا لأن الموصي يبقى العين على ملكه حين يجعل مشغولًا بتصرفه موقوفًا على حاجته، وإنما تحدث المنفعة على ملكه، وإذا ثبتَ هذا في المنفعة فكذلك في الغلة؛ لأنها بدل المنفعة، والوصية على خلاف الميراث والإرث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة؛ لأن الوراثة خلافه.

حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا المُوصَى لَهُ عَلَى مِلْكِهِ كَمَا يَسْتَوْفِي المَوْقُوفُ عَلَيْهِ مَنَافِعَ الوَقْفِ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الوَاقِفِ، وَتَجُوزُ مُؤَقَّتًا وَمُؤَبَّدًا كَمَا فِي العَارِيَةِ فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ عَلَى أَصْلِنَا، بِخِلَافِ المِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ خِلَافَةٌ فِيمَا يَتَمَلَّكُهُ المُوَرِّثُ وَذَلِكَ فِي عَيْنٍ تَبْقَى وَالمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لا يَبْقَى، وَكَذَا الوَصِيَّةُ بِغَلَّةِ العَبْدِ وَالدَّارِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ المَنْفَعَةِ فَأَخَذَ حُكْمَهَا وَالمَعْنَى يَشْمَلُهُمَا.

قَالَ: (فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ العَبْدِ مِنَ الثُّلُثِ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ لِيَخْدُمَهُ)؛ لِأَنَّ حَقَّ المُوصَى لَهُ فِي الثُّلُثِ لا يُزَاحِمُهُ الوَرَثَةُ (وَإِنْ كَانَ لا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ خَدَمَ الوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالمُوصَى لَهُ يَوْمًا)؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الثُّلُثِ وَحَقَّهُمْ فِي الثُّلُثَيْنِ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ فِي العَيْنِ وَلا تُمْكِنُ

وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكاً للمورث، وهذا لا يتصور إلا فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين، فأمَّا الوصية إيجاب ملك بالعقد بمنزلة الإجارة والإعارة، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ عَلَى أَصْلِنَا، أي: فإن العارية تمليك المنافع على أصلنا، وهو احتراز عن قول الشافعي رحمه الله، فإنَّها إباحة المنافع لا تمليكها عنده.

قوله: بِخِلَافِ المِيرَاثِ، أي: لا يجري الإرث في المنافع وتجري الوصية فيها.

قوله: وَالمَعْنَى - وهو الحاجة - يَشْمَلُهُمَا، أي: يشمل المنفعة والغلة.

قوله: وَإِنْ كَانَ لا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ خَدَمَ الوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالمُوصَى لَهُ يَوْمًا، أي: أبدًا إذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير مؤقتة.

وأمَّا إذا أوصى بخدمة عبده سنة من غير تعيين السنة والعبد لا يخرج من ثلث ماله ولم تجز الورثة، فإن العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين إلى ثلاث سنين، فإذا مضى ثلاث سنين تمَّ وصية الموصى له بالخدمة.

قِسْمَةُ العَبْدِ أَجْزَاءً؛ لِأَنَّهُ لا يَتَجَزَّأُ فَصِرْنَا إِلَى المُهَايَأَةِ إِيفَاءً لِلْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ بِسُكْنَى الدَّارِ إِذَا كَانَتْ لا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ حَيْثُ تُقَسَّمُ عَيْنُ الدَّارِ ثَلَاثًا لِلِانْتِفَاعِ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ القِسْمَةُ بِالأَجْزَاءِ وَهُوَ أَعْدَلُ لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا زَمَانًا وَذَاتًا، وَفِي المُهَايَأَةِ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا زَمَانًا. وَلَوِ اقْتَسَمُوا الدَّارَ مُهَايَأَةً مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ تَجُوزُ

وحاصل ذلك أنه إذا أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولا مال له غيره فهو على وجهين: إمَّا أن تكون السنة بعينها بأن قال: أوصيتُ بخدمة هذا العبد لفلان سنة سبعين وأربعمائة؛ أو كان بغير عينها بأن لم يقل سنة كذا.

وكل وجه من ذلك على وجهين: إما أن كان العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج، فإن كانت في سنة بعينها ومضت تلك السنة بعينها قبل موت الموصي بطلت الوصية، وإن ماتَ الموصي بعد ما مضى من تلك السنة التي عينها بعضها، أو مات قبل دخول السنة ينظر إن كان العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج، ولكن أجازت الورثة فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته، وإن كان لا يخرج ولم تجز الورثة فإن العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها، فإذا مضت يسلم العبد للورثة وإن كانت السنة بغير عينها إن كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج، وقد أجازت الورثة يُسلم العبد إلى الموصى له حتى يستخدمه سنة كاملة ثم يرد على الورثة، وإن كان العبد لا يخرج من ثلث ماله ولم تجز الورثة فإنه يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين إلى ثلاث سنين، كذا في «المغني».

قوله: فَصِرْنَا إِلَى المُهَايَأَةِ، أي: المُناوبة بالأزمان، فكان هذا على خلاف ما لو أوْصَى له بغلة عبده ولا مال له غيره كان له ثلث غلته تلك السنة؛ لأن الغلة عين مال تحتمل القسمة، فإنما تنفذ الوصية في مقدار الثلث من الغلة في سنةٍ واحدةٍ، بخلاف الخدمة فإنَّها لا تحتمل القسمة بالأجزاء، فكان للموصى له أن يستوفي الخدمة بطريق المهايأة إلى أن يكون ما يستوفيه خدمة سنةٍ كاملةٍ كما لو أوصى به، كذا في «المبسوط».

قوله: وَفِي المُهَايَأَةِ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا زَمَانًا، فلم تكن المهايأة في المعادلة مثل القسمة

أَيْضًا؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ، إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ وَهُوَ الأَعْدَلُ أَوْلَى، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَبِيعُوا مَا فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ ثُلُثَيِ الدَّارِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ لَهُمْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ خَالِصُ مِلْكِهِمْ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ حَقَّ المُوصَى لَهُ ثَابِتٌ فِي سُكْنَى جَمِيعِ الدَّارِ بِأَنْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ آخَرُ وَتَخْرُجُ الدَّارُ مِنَ الثُّلُثِ، وَكَذَا لَهُ حَقُّ المُزَاحَمَةِ فِيمَا فِي أَيْدِيهِمْ إِذَا خَرِبَ مَا فِي يَدِهِ. وَالبَيْعُ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ ذَلِكَ فَمَنَعُوا عَنْهُ.

قَالَ: (فَإِنْ مَاتَ المُوصَى لَهُ عَادَ إِلَى الوَرَثَةِ)؛ لِأَنَّ المُوصِيَ أَوْجَبَ الحَقَّ لِلْمُوصَى لَهُ لِيَسْتَوْفِيَ المَنَافِعَ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ، فَلَوِ انْتَقَلَ إِلَى وَارِثِ المُوصَى لَهُ اسْتَحَقَّهَا ابْتِدَاءً مِنْ مِلْكِ المُوصِي مِنْ غَيْرِ مَرْضَاتِهِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ.

(وَلَوْ مَاتَ المُوصَى لَهُ فِي حَيَاةِ المُوصِي بَطَلَتْ)؛ لِأَنَّ إِيجَابَهَا تَعَلَّقَ بِالمَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ. وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ دَارِهِ فَاسْتَخْدَمَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ سَكَنَهَا بِنَفْسِهِ

بالأجزاء، فلذلك لا يُصار إلى المهايأة إلا عند تعذر قسمة السكنى بالأجزاء، ولكن لَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَبِيعُوا مَا فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ ثُلُثَيِ الدَّارِ، على ما ذكر في الكتاب.

قوله: فَإِنْ مَاتَ المُوصَى لَهُ عَادَ - أي: الموصى به وهو العبد أو الدار - **إِلَى الوَرَثَةِ**، أي: إلى ورثة الموصي.

قوله: اسْتَحَقَّهَا، أي: وارث الموصى له.

قوله: لِأَنَّ إِيجَابَهَا تَعَلَّقَ بِالمَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أي: في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية **بقوله: بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا إِيجَابٌ عِنْدَ المَوْتِ**، وبيّن أيضاً في أوائل كتاب الوصايا في مسألة قبول الوصية بعد الموت **بقوله:** لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به.

قوله: فَاسْتَخْدَمَهُ بِنَفْسِهِ، أي: استخدم الموصى له العبد الذي أوصى بغلته بنفسه.

قِيلَ يَجُوزُ ذَلِكَ لِأَنَّ قِيمَةَ المَنَافِعِ كَعَيْنِهَا فِي تَحْصِيلِ المَقْصُودِ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الغَلَّةَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ وَجَبَتِ الوَصِيَّةُ بِهَا، وَهَذَا اسْتِيفَاءُ المَنَافِعِ وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ وَمُتَفَاوِتَانِ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ يُمْكِنُهُمْ أَدَاؤُهُ مِنَ الغَلَّةِ بِالِاسْتِرْدَادِ مِنْهُ بَعْدَ اسْتِغْلَالِهَا وَلا يُمْكِنُهُمْ مِنَ المَنَافِعِ بَعْدَ اسْتِيفَائِهَا بِعَيْنِهَا، وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ بِالخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى أَنْ يُؤَاجِرَ العَبْدَ أَوِ الدَّارَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ بِالوَصِيَّةِ مَلَكَ المَنْفَعَةَ فَيَمْلِكُ تَمْلِيكَهَا مِنْ غَيْرِهِ بِبَدَلٍ أَوْ غَيْرِ بَدَلٍ؛ لِأَنَّهَا كَالأَعْيَانِ عِنْدَهُ، بِخِلَافِ العَارِيَةِ؛ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ عَلَى أَصْلِهِ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكٍ.

وَلَنَا أَنَّ الوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ فَلا يَمْلِكُ تَمْلِيكَهُ بِبَدَلٍ اعْتِبَارًا بِالإِعَارَةِ فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ عَلَى أَصْلِنَا، وَلا يَمْلِكُ المُسْتَعِيرُ الإِجَارَةَ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ بِبَدَلٍ، كَذَا هَذَا. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ التَّمْلِيكَ بِبَدَلٍ لازِمٌ وَبِغَيْرِ بَدَلٍ غَيْرُ لازِمٍ، وَلا يَمْلِكُ الأَقْوَى بِالأَضْعَفِ وَالأَكْثَرَ بِالأَقَلِّ، وَالوَصِيَّةُ

قوله: فَيَمْلِكُ تَمْلِيكَهَا مِنْ غَيْرِهِ بِبَدَلٍ أَوْ غَيْرِ بَدَلٍ، كالاستئجار فإنه لو تملك المنفعة بالاستئجار في حال الحياة ملك للإجارة من غيره، فكذلك إذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت.

قوله: بِخِلَافِ العَارِيَةِ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ عَلَى أَصْلِهِ، ولهذا قال المستعير: لا يملك الإعارة من غيره.

قوله: فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ - أي: فإن الإعارة تمليك المنفعة - بِغَيْرِ بَدَلٍ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ عَلَى أَصْلِنَا، حتى لو قال: ملكتُك منفعة هذه الدار كانت عاريةً صحيحةً، وإنما لا يتعلق بها اللزوم لكونها متعرية عن البدل، وكذلك الوصية إلا أن غير الموصي لا يتمكن من الرجوع بعد موت الموصي، والموصى فائت لا يتصور رجوعه فيه؛ وهذا لأن المنفعة ليست بمال وفي تمليكها بمال إحداث معنى المالية فيها.

تَبَرُّعٌ غَيْرُ لازِمٍ إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ لِلْمُتَبَرِّعِ لا لِغَيْرِهِ وَالمُتَبَرِّعُ بَعْدَ المَوْتِ لا يُمْكِنُهُ الرُّجُوعُ فَلِهَذَا انْقَطَعَ، أَمَّا هُوَ فِي وَضْعِهِ فَغَيْرُ لازِمٍ؛ وَلِأَنَّ المَنْفَعَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ عَلَى أَصْلِنَا وَفِي تَمْلِيكِهَا بِالمَالِ إِحْدَاثُ صِفَةِ المَالِيَّةِ فِيهَا تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ فِي عَقْدِ المُعَاوَضَةِ، فَإِنَّمَا تَثْبُتُ هَذِهِ الوِلايَةُ لِمَنْ يَمْلِكُهَا تَبَعًا لِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، أَوْ لِمَنْ يَمْلِكُهَا بِعَقْدِ المُعَاوَضَةِ حَتَّى يَكُونَ مُمَلِّكًا لَهَا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَمَلَّكَهَا، أَمَّا إِذَا تَمَلَّكَهَا مَقْصُودَةً بِغَيْرِ عِوَضٍ ثُمَّ مَلَّكَهَا بِعِوَضٍ كَانَ مُمَلِّكًا أَكْثَرَ مِمَّا تَمَلَّكَهُ مَعْنًى وَهَذَا لا يَجُوزُ، وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ أَنْ يُخْرِجَ العَبْدَ مِنَ الكُوفَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ المُوصَى لَهُ وَأَهْلُهُ فِي غَيْرِ الكُوفَةِ فَيُخْرِجُهُ إِلَى أَهْلِهِ لِلْخِدْمَةِ هُنَالِكَ إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ إِنَّمَا تَنْفُذُ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ مَقْصُودِ المُوصِي، فَإِذَا كَانُوا فِي مِصْرِهِ فَمَقْصُودُهُ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنْ خِدْمَتِهِ فِيهِ بِدُونِ أَنْ يَلْزَمَهُ مَشَقَّةُ السَّفَرِ، وَإِذَا كَانُوا فِي غَيْرِهِ فَمَقْصُودُهُ أَنْ يَحْمِلَ العَبْدَ إِلَى أَهْلِهِ لِيَخْدُمَهُمْ.

وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ بِغَلَّةِ دَارِهِ يَجُوزُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ المَنْفَعَةِ فَأَخَذَ حُكْمَ

قوله: فَإِنَّمَا تَثْبُتُ هَذِهِ الوِلايَةُ لِمَنْ يَمْلِكُهَا تَبَعًا لِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، أَوْ لِمَنْ يَمْلِكُهَا بِعَقْدِ المُعَاوَضَةِ حَتَّى يَكُونَ مُمَلِّكًا لَهَا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَمَلَّكَهَا، فَأَمَّا إِذَا تَمَلَّكَهَا مَقْصُودَةً بِغَيْرِ عِوَضٍ ثُمَّ مَلَّكَهَا بِعِوَضٍ كَانَ مُمَلِّكًا أَكْثَرَ مِمَّا تَمَلَّكَهُ مَعْنًى وَهَذَا لا يَجُوزُ، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِذَا كَانُوا فِي مِصْرِهِ، أي: في مصر الموصي.

قوله: وَإِذَا كَانُوا فِي غَيْرِ مِصْرِهِ، أي: في غير مصر الموصي.

قوله: أَوْ بِغَلَّةِ دَارِهِ يَجُوزُ أَيْضًا - أي: كما تجوز الوصية بالخدمة - لِأَنَّهُ بَدَلُ المَنْفَعَةِ، أي: لأن الغلة، ذكَّر الضمير الراجع إليها لتذكير الخبر وهو البدل، أو بتأويل المال.

الْمَنْفَعَةِ فِي جَوَازِ الوَصِيَّةِ بِهِ، كَيْفَ وَأَنَّهُ عَيْنٌ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّهُ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ فَكَانَ بِالجَوَازِ أَوْلَى، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ كَانَ لَهُ ثُلُثُ غَلَّةِ تِلْكَ السَّنَةِ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ بِالأَجْزَاءِ، فَلَوْ أَرَادَ المُوصَى لَهُ قِسْمَةَ الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الوَرَثَةِ لِيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَسْتَغِلُّ ثُلُثَهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: المُوصَى لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ وَلِلشَّرِيكِ ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ.

إِلَّا أَنَّا نَقُولُ: المُطَالَبَةُ بِالقِسْمَةِ تُبْتَنَى عَلَى ثُبُوتِ الحَقِّ لِلْمُوصَى لَهُ فِيمَا يُلَاقِيهِ القِسْمَةُ إِذْ هُوَ المُطَالِبُ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِي عَيْنِ الدَّارِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الغَلَّةِ فَلَا يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بِقِسْمَةِ الدَّارِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَلِآخَرَ بِرَقَبَتِهِ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ فَالرَّقَبَةُ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ وَالخِدْمَةُ عَلَيْهَا لِصَاحِبِ الخِدْمَةِ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْئًا مَعْلُومًا عَطْفًا مِنْهُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ فَتُعْتَبَرُ هَذِهِ الحَالَةُ

قوله: فَكَانَ بِالجَوَازِ أَوْلَى، أي: بالنسبة إلى الخدمة، يعني: أن الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية، فلمَّا جازت الوصية بها فلأن تجوز الوصية بالغلة التي هي عبارة عن مال عين وهو الدراهم والدنانير بالطريق الأولى.

قوله: كَانَ لَهُ ثُلُثُ غَلَّةِ تِلْكَ السَّنَةِ - يعني: لو كانت الوصية بغلة عبده سنة - لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ بِالأَجْزَاءِ، هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد، فإن هناك لمَّا لم تحتمل نفس العبد القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة، إلى أن يكون ما يستوفيه خدمة سنة كاملة، على ما ذكرنا من استخدامه ثلاث سنين فيما إذا كانت السنة غير معينة، وأمَّا الغلة فهي عين مال يحتمل القسمة، ولذلك قسمناها بالأجزاء لا بالمهايأة.

قوله: عَطْفًا مِنْهُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ؛ لأنه عطف قوله: وَلِآخَرَ بِرَقَبَتِهِ، بالواو على قوله: أَوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ، وما أوجب لكل واحدٍ منهما بطريق العطف يحتمل الوصية

بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ. ثُمَّ لَمَّا صَحَّتِ الوَصِيَّةُ لِصَاحِبِ الخِدْمَةِ، فَلَوْ لَمْ يُوصِ فِي الرَّقَبَةِ بِشَيْءٍ لَصَارَتِ الرَّقَبَةُ مِيرَاثًا لِلْوَرَثَةِ مَعَ كَوْنِ الخِدْمَةِ لِلْمُوصَى لَهُ، فَكَذَا

بانفراده، فبعطف إحدى الوصيتين على الأخرى لا يتحقق بينهما مشاركة فيما أوجبه لكل واحدٍ منهما، ثمَّ لمَّا صحت الوصية لصاحب الخدمة لو لم يوص في الرقبة بشيءٍ لصارت الرقبة ميراثـًا للولد مع كون الخدمة للموصى له، فكذلك إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر؛ لأن الوصية قياس الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: فعلى من تكون النفقة في هذه الصورة؟

قلتُ: قال الإمام التمرتاشي رحمه الله: ولو أوصى لرجل بدار ولآخر بسكناها فالنفقة على صاحب السكنى؛ لأن المنفعة تحصل له، ونفقة العبد الموصي برقبته لإنسان وبخدمته لآخر على صاحب الخدمة، فإن مرض إن لم يستطع معه الخدمة فعلى الموصى له برقبته، وإن استطاع فعلى صاحب الخدمة وهكذا قالوا في المرأة: إذا مرضت إن لم يمكن الانتفاع بها بوجه ما لا نفقة لها، وإلا فلها النفقة.

وذكر في «المبسوط»: ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة؛ لأنه إنما يتمكن من استخدامه إذا أنفق عليه فإن العبد لا يقوي على الخدمة إلا بذلك وهو أحق بخدمته فيلزمه نفقته كالمستعير، فإنه ينفق على المستعار وينتفع به، وإن أبى أن ينفق رده على صاحبه فهذا كذلك أيضـًا؛ فإن أوصى بخدمة عبد صغير لإنسان وبرقبته لآخر وهو يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة، فإذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة؛ لأن بالنفقة عليه في حالة الصغر تنمو العين والمنفعة في ذلك لصاحب الرقبة، وإذا صار بحيث يخدم فهو بالنفقة يتقوي على الخدمة والمنفعة في ذلك لصاحب الخدمة فلهذا كانت النفقة عليه، ثم نفقة المملوك على المالك باعتبار الأصل إلا أن يصير معدًّا لانتفاع الغير به فحينئذٍ تكون النفقة على المتفع، كالمولى إذا زوج أمته ولم يبوأها بيتـًا كانت نفقتها على المولى، فإن بوَّأها مع الزوج بيتـًا كانت نفقتها على الزوج.

وإذا جنى العبد الموصى بخدمته ورقبته جنايةً فالفداء على صاحب الخدمة؛ لأن فيما

إِذَا أَوْصَى بِالرَّقَبَةِ لِإِنْسَانٍ آخَرَ، إِذِ الوَصِيَّةُ أُخْتُ المِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ أَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ فِيهِمَا بَعْدَ المَوْتِ. وَلَهَا نَظَائِرُ، وَهُوَ مَا إِذَا أَوْصَى بِأَمَةٍ لِرَجُلٍ وَبِمَا فِي بَطْنِهَا لِآخَرَ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، أَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِخَاتَمٍ وَلِآخَرَ بِفَصِّهِ، أَوْ قَالَ هَذِهِ القَوْصَرَةُ لِفُلَانٍ وَمَا فِيهَا مِنَ التَّمْرِ لِفُلَانٍ كَانَ كَمَا أَوْصَى، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الظَّرْفِ فِي المَظْرُوفِ فِي هَذِهِ المَسَائِلِ كُلِّهَا، أَمَّا إِذَا فَصَلَ أَحَدُ الإِيجَابَيْنِ عَنِ الآخَرِ فِيهَا فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ الأَمَةُ لِلْمُوصَى لَهُ بِهَا وَالوَلَدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَكَذَلِكَ فِي أَخَوَاتِهَا. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِإِيجَابِهِ فِي الكَلَامِ

هو المقصود بالعبد وهو الاستخدام هو المختص به كالمالك، وبالفداء تسلم الخدمة له ولا يسلم لصاحب الرقبة شيء في الحال، فإذا فداه خدمه على حاله؛ لأنه طهره من الجناية.

قوله: مِنْ حَيْثُ أَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ فِيهِمَا، أي: في الوصية والميراث.

القَوْصَرَةُ: بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب.

قوله: وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الظَّرْفِ - أي: للموصى له بالأمة والخاتم والقوصرة - فِي المَظْرُوفِ، أي: في الولد والفص والتمر.

قوله: أَمَّا إِذَا فَصَلَ أَحَدُ الإِيجَابَيْنِ عَنِ الآخَرِ فِيهَا فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف.

قوله: وَكَذَلِكَ فِي أَخَوَاتِهَا، والصواب في أختيهما، وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر لا غير، بخلاف العبد مع الخدمة فإن الخدمة لا تنتصف بينهما بالاتفاق على ما أشار إلى هذا في الكتاب بقوله: كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرَّقَبَةِ وَالخِدْمَةِ، أي: لا حظ لصاحب الرقبة في الخدمة بالاتفاق وإن كان ذكر ذلك في كلام مفصول، ويحتمل أنه إنما جمع الأخوات باعتبار الأجزاء في المسألتين وهي الخاتم والفص والقوصرة والتمر، كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرَّقَبَةِ وَالخِدْمَةِ،

الثَّانِي تَبَيَّنَ أَنَّ مُرَادَهُ مِنَ الكَلَامِ الأَوَّلِ إِيجَابُ الأَمَةِ لِلْمُوصَى لَهُ بِهَا دُونَ الوَلَدِ، وَهَذَا البَيَانُ مِنْهُ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ مَفْصُولًا؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لا تُلْزِمُ شَيْئًا فِي حَالِ حَيَاةِ المُوصِي فَكَانَ البَيَانُ المَفْصُولُ فِيهِ وَالمَوْصُولُ سَوَاءً كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرَّقَبَةِ وَالخِدْمَةِ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ اسْمَ الخَاتَمِ يَتَنَاوَلُ الحَلْقَةَ وَالفَصَّ. وَكَذَلِكَ اسْمُ الجَارِيَةِ يَتَنَاوَلُهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا. وَاسْمُ القَوْصَرَةِ كَذَلِكَ، وَمِنْ أَصْلِنَا أَنَّ العَامَّ الَّذِي مُوجِبُهُ ثُبُوتُ الحُكْمِ عَلَى سَبِيلِ الإِحَاطَةِ بِمَنْزِلَةِ الخَاصِّ فَقَدِ اجْتَمَعَ فِي الفَصِّ وَصِيَّتَانِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا وَصِيَّةٌ بِإِيجَابٍ عَلَى حِدَةٍ فَيُجْعَلُ الفَصُّ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَلا يَكُونُ إِيجَابُ الوَصِيَّةِ فِيهِ لِلثَّانِي رُجُوعًا عَنِ الأَوَّلِ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِلثَّانِي بِالخَاتَمِ، بِخِلَافِ الخِدْمَةِ مَعَ الرَّقَبَةِ؛ لِأَنَّ اسْمَ الرَّقَبَةِ لا يَتَنَاوَلُ الخِدْمَةَ وَإِنَّمَا يَسْتَخْدِمُهُ المُوصَى

فإن هناك المفصول والموصول سواء في الحكم، أي: للمفصول حكم الموصول.

ثم تأخير تعليل محمد عن تعليل أبي يوسف رحمهما الله في الكتاب وفي «المبسوط»، وذكر جواب محمدٍ عما قاسه أبو يوسف رحمهما الله من وصية الرقبة والخدمة، وإطلاق الرواية والتعليل على مذهب محمد رحمه الله من غير ذكر خلاف أحدٍ في «أصول الفقه» لشمس الأئمة، وفخر الإسلام رحمهما الله، كل ذلك دليل على أن المعول عليه والمأخوذ به قول محمد رحمه الله.

قوله: بِخِلَافِ الخِدْمَةِ مَعَ الرَّقَبَةِ، يعني: لو أوصى برقبة العبد لإنسان وبخدمته لآخر كان كما أوصى وإن كان في كلام مفصول، ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شيء؛ إنما كان هكذا لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، بخلاف ما نحن فيه فإن الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعـًا، واسم الجارية يتناولها وما في بطنها، واسم القوصرة كذلك، كذا في «المبسوط».

والدليل على الفرق أيضـًا أن في فصل الخدمة والسكنى والغلة لو ردَّ صاحب الوصية بالخدمة والسكنى والغلة، أو مات قبل موت الموصي تكون الخدمة والسكنى والغلة ملكـًا

لَهُ بِحُكْمِ أَنَّ المَنْفَعَةَ حَصَلَتْ عَلَى مِلْكِهِ، فَإِذَا أَوْجَبَ الخِدْمَةَ لِغَيْرِهِ لا يَبْقَى لِلْمُوصَى لَهُ فِيهِ حَقٌّ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ الكَلَامُ مَوْصُولًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ التَّخْصِيصِ وَالِاسْتِثْنَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَوْجَبَ لِصَاحِبِ الخَاتَمِ الحَلْقَةَ خَاصَّةً دُونَ الفَصِّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ وَحْدَهَا، وَإِنْ قَالَ لَهُ ثَمَرَةُ بُسْتَانِي أَبَدًا فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ وَثَمَرَتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ مَا عَاشَ،

لصاحب الأصل ولا يعود إلى الورثة؛ لأنه انعدم المانع وقد حصل على ملكه فيكون له، وأمَّا في فصل الولد والفص ونحوه لو ردَّ صاحب الوصية بالجارية الولدَ، وكذلك في الفص والتمر يكون الولد ونحوه للورثة ولا يكون لصاحب الأصل.

وكذلك إذا مات الموصى له بالولد قبل موت الموصي، والدليل على الفرق بينهما أيضاً فصل الاستثناء، فإنه لو أوصى بالجارية واستثنى ولدها، أو أوصى بالخاتم واستثنى فصه، أو أوصى بالدار واستثنى بناها صح الاستثناء ويكون المستثنى للورثة، ولو أوصى بالعبد واستثنى الخدمة، أو بالدار واستثنى السكنى، أو بالبستان واستثنى الغلة المعدومة، فإنه لا يصح الاستثناء فكذلك في التخصيص.

والمعنى ما ذكرنا في أصل الباب أن من شرط صحة التخصيص والاستثناء أن يكون صدر الكلام متناولًا للمخصوص والمستثنى، كذا في «زيادات» صاحب «الهداية».

قوله: وَمَنْ أَوْصَى لِآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ، وإنما قيد **بقوله:** وَفِيهِ ثَمَرَةٌ؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها فمسألة الثمرة كمسألة الغلة، في أنه تتناول الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له كما في مسألة الغلة، كذا في «المبسوط».

وحاصل مسائل الباب على أوجه: (١) في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الأبد أو لا، وهو أن يوصي بغلة بستانه، أو أرضه، أو سكنى داره، أو خدمة عبده؛ لأن الغلة كما تتناول الموجود تتناول ما يكون بعرض الوجود في العرف يقال: لفلان غلة هذه الدار، يراد به ما يدخل في ملكه في المستقبل ويعتبر خروجه من الثلث.

وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الغَلَّةُ القَائِمَةُ وَغَلَّتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ) وَالفَرْقُ أَنَّ الثَّمَرَةَ اسْمٌ لِلْمَوْجُودِ عُرْفًا فَلَا يَتَنَاوَلُ المَعْدُومَ إِلَّا بِدَلَالَةٍ زَائِدَةٍ، مِثْلُ التَّنصِيصِ عَلَى الأَبَدِ؛ لِأَنَّهُ لا يَتَأَبَّدُ إِلَّا بِتَنَاوُلِ المَعْدُومِ وَالمَعْدُومُ مَذْكُورٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْئًا،

(٢) وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لا؛ وهو أن يوصي بالصوف على ظهر غنمه، والولد في بطن جاريته، واللبن في الضرع؛ لأن المعدوم من هذه الأشياء لا يستحق بعقد ما.

(٣) وفي وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه، وإن لم يذكر الأبد فإن كانت الثمرة وقت الموت موجودة تتناولها، وإلا فالقياس أن تبطل الوصية، وفي الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصى له، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَالفَرْقُ، أي: بين الثمرة والغلة، يعني: أن الوصية بالثمرة إنما تتناول الثمرة المعدومة إذا كانت الدلالة الزائدة مقرونة بِها كذكر الأبد، وأمَّا الوصية بالغلة فتتناول الغلة المعدومة وإن لم يكن ذكر الأبد مقروناً بِها.

وذكر في «المبسوط»: وإنما كان هكذا؛ لأن اسم الغلة حقيقة للموجود والحادث جميعـاً، وأمَّا اسم الثمرة فللموجود حقيقةً ولا يتناول الحادث إلا مجازًا، فإذا أوصى له بثمرة بستانه ولم يقل: أبدًا فإن كان في البستان ثمرة حين يموت الموصي، فإنما يستحق الموصى له تلك الثمرة ولا حق له فيما يحدث بعد؛ لأن اللفظ إذا صار مستعملًا في حقيقة ينتفي المجاز عنه، وإذا لم يكن في البستان ثمرة عند موت الموصي فلم يستعمل اللفظ في حقيقته فيجب استعماله في المجاز، ويكون له ما يحدث من الثمار ما عاش بمنزلة الغلة.

وفرق آخر بين الغلة والثمرة وهو أن الموصى له بالغلة إذا مات بطلت وصيته، بخلاف الثمرة إذا ظهرت وصارت لها قيمة ثم مات الموصى له بالثمرة إنَّها تصير لورثة الموصى له؛ لأنه عين مال، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: وفي الوصية بالثمرة إذا استحق الحادث ثم ماتَ الموصى له،

أَمَّا الغَلَّةُ فَتَنْتَظِمُ المَوْجُودَ وَمَا يَكُونُ بِعَرَضِ الوُجُودِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى عُرْفًا، يُقَالُ فُلَانٌ يَأْكُلُ مِنْ غَلَّةِ بُسْتَانِهِ وَمِنْ غَلَّةِ أَرْضِهِ وَدَارِهِ، فَإِذَا أُطْلِقَتْ يَتَنَاوَلُهُمَا عُرْفًا غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَى دَلَالَةٍ أُخْرَى. أَمَّا الثَّمَرَةُ إِذَا أُطْلِقَتْ لا يُرَادُ بِهَا إِلَّا المَوْجُودُ فَلِهَذَا يَفْتَقِرُ الِانْصِرَافُ إِلَى دَلِيلٍ زَائِدٍ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِصُوفِ غَنَمِهِ أَبَدًا أَوْ بِأَوْلَادِهَا أَوْ بِلَبَنِهَا ثُمَّ مَاتَ فَلَهُ مَا فِي بُطُونِهَا مِنَ الوَلَدِ وَمَا فِي ضُرُوعِهَا مِنَ اللَّبَنِ وَمَا عَلَى ظُهُورِهَا مِنَ الصُّوفِ يَوْمَ يَمُوتُ المُوصِي سَوَاءٌ قَالَ أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ)؛ لِأَنَّهُ إِيجَابٌ عِنْدَ المَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُ هَذِهِ الأَشْيَاءِ يَوْمَئِذٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

فإن مات قبل أن تحدث الثمرة بطلت وصيته؛ لأن الثابت له حق الاستحقاق وذلك لا يورث عنه، وإن كان موته بعدما أثمر البستان فتلك الثمرة لورثته؛ لأن ذلك العين صار مملوكًا له فيخلفه وارثه فيه، ألا ترى أنه لو كان باعه في حياته وأخذ ثمنه جاز بيعه وكان الثمن لورثته بعد موته، ثم في البستان السقي والخراج وما فيه صلاحه على صاحب الغلة؛ لأنه هو المنتفع بالبستان فصار هو كالنفقة في فصل الخدمة.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أي: الوصية بصوف الغنم ونحوه على خلاف الوصية بثمرة البستان والوصية بالغلة، فإن الوصية فيهما عند ذكر التأبيد تتناول الموجود والحادث، والوصية بصوف الغنم ونحوه لا تتناول الحادث وإن ذكر التأبيد.

والفرق وهو أن القياس في الثمرة والغلة أن لا يُستحق إلا الموجود عند موته كما في الأولاد؛ لأنه إنما يملكه بالوصية ما هو مملوك للموصي والعين الحادث بعد موته لا يكون مملوكًا فلا يستحقه الموصى له، ولكنه استحسن فقال: الثمار التي تحدث يجوز أن يستحق بإيجابه بعقد من العقود كالمعاملة على قول من يجيزها، فكذلك يجوز استحقاقها بالوصية عند التنصيص على التأبيد؛ لأن الوصية أوسع العقود جوازًا، بخلاف ما في البطن، فإن ما يحدث

وَالفَرْقُ أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى تَمْلِيكَ المَعْدُومِ؛ لِأَنَّهُ لا يَقْبَلُ المِلْكَ، إِلَّا أَنَّ فِي الثَّمَرَةِ وَالغَلَّةِ المَعْدُومَةِ جَاءَ الشَّرْعُ بِوُرُودِ العَقْدِ عَلَيْهَا كَالمُعَامَلَةِ وَالإِجَارَةِ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ جَوَازَهُ فِي الوَصِيَّةِ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى؛ لِأَنَّ بَابَهَا أَوْسَعُ.

أَمَّا الوَلَدُ المَعْدُومُ وَأُخْتَاهُ فَلَا يَجُوزُ إِيرَادُ العَقْدِ عَلَيْهَا أَصْلًا، وَلا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدٍ مَا، فَكَذَلِكَ لا يَدْخُلُ تَحْتَ الوَصِيَّةِ، بِخِلَافِ المَوْجُودِ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ البَيْعِ تَبَعًا وَبِعَقْدِ الخُلْعِ مَقْصُودًا، فَكَذَا بِالوَصِيَّةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

لا يجوز استحقاقه بشيء من العقود والوصية نوع من العقود.

أو نقول: إن القياس في مسألة الصوف واللبن والولد أن يستحق الموجود والحادث عند التنصيص على التأبيد؛ لأن المحل الذي يحدث منه هذه الزوائد يجعل مبقى على ملك الميت حكماً لاستعماله بوصيته، والوصية فيما يحدث منها يصير كالمضاف إلى حالة الحدوث فصحَّ ذلك كما في الثمار، ولكنه استحسن فقال: ما في بطون الحيوان ليس في وسع البشر إيجاد ما ليس بموجود منه فلا يصح إيجابه للغير بشيء من العقود، بخلاف الثمار، فإن لصنع العباد تأثيرًا في إيجاده، ولهذا جاز عقد المعاملة وهي شركة في الخارج فيصح إيجاب الوصية فيما يحدث منه عند التنصيص على التأبيد.

والدليل على الفرق أنه لو أوصى بيد عبده لإنسان أو رجل بشاته لم تصح الوصية، ولو أوصى له بقوائم الخلاف أو سعف النخل صحت الوصية، وكان الفرق بِهذا هو أن سعف النخل وإن كان وصفاً للنخل فإنه يحتمل التمليك ببعض العقود، بخلاف أطراف الحيوان، فإذا ظهر هذا الفرق فيا هو موجود منهما فكذلك فيما يحدث، كذا في «المبسوط».

قوله: أَمَّا الوَلَدُ المَعْدُومُ وَأُخْتَاهُ، وهما الصوف واللبن، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

(بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ)

قَالَ: (وَإِذَا صَنَعَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ)؛ لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَالوَقْفُ عِنْدَهُ يُورَثُ وَلَا يَلْزَمُ فَكَذَا هَذَا. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ فَلَا تَصِحُّ عِنْدَهُمَا.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى بِذَلِكَ لِقَوْمٍ مُسَمِّينَ فَهُوَ الثُّلُثُ) مَعْنَاهُ إِذَا أَوْصَى أَنْ تُبْنَى دَارُهُ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَةً فَهُوَ جَائِزٌ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ فِيهَا مَعْنَى الِاسْتِخْلَافِ وَمَعْنَى التَّمْلِيكِ، وَلَهُ وِلَايَةُ ذَلِكَ فَأَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَى اعْتِبَارِ المَعْنَيَيْنِ.

باب وصية الذمي

ذكر وصية الكافر بعد ذكر وصية المسلم؛ لأن الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية، فكان ذكر التبع بعد ذكر المتبوع من المناسبة.

قوله: وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ فَلَا تَصِحُّ عِنْدَهُمَا، فثبتَ بِهذه الجملة أنَّها تورث بالاتفاق ولكن على اختلاف التخريج، فعند أبي حنيفة رحمه الله لعدم لزوم الوقف، وعندهما لكون الفعل معصية.

ولا يقال: البِيْعة في حقهم كالمسجد في حقنا، والمسلم إذا جعل داره مسجدًا في صحته وسلم إلى المتولي لا يورث، فينبغي أن تكون البيعة كذلك؛ لأنا نقول: المسجد يُحَرَّرُ عن حقوق العباد وصار لله تعالى خالصاً فلا يورث، ولا كذلك البيعة؛ لأن البيعة عندهم لمنافع الخلق فإنَّها يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان

قَالَ: (وَإِنْ أَوْصَى بِدَارِهِ كَنِيسَةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّيْنَ جَازَتِ الوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: الوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ حَقِيقَةً وَإِنْ كَانَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ قُرْبَةٌ، وَالوَصِيَّةُ بِالمَعْصِيَةِ بَاطِلَةٌ لِمَا فِي تَنْفِيذِهَا مِنْ تَقْرِيرِ المَعْصِيَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ هَذِهِ قُرْبَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَتَجُوزُ بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِمْ؛ أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةً مَعْصِيَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ لَا تَجُوزُ الوَصِيَّةُ اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ فَكَذَا عَكْسُهُ.

ثُمَّ الفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بَيْنَ بِنَاءِ البِيعَةِ وَالكَنِيسَةِ وَبَيْنَ الوَصِيَّةِ بِهِ أَنَّ البِنَاءَ نَفْسُهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِزَوَالِ مِلْكِ البَانِي. وَإِنَّمَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِأَنْ يَصِيرَ مُحَرَّرًا خَالِصًا لِلّٰهِ تَعَالَى كَمَا فِي مَسَاجِدِ المُسْلِمِينَ، وَالكَنِيسَةُ لَمْ تَصِرْ مُحَرَّرَةً لِلّٰهِ تَعَالَى حَقِيقَةً فَتَبْقَى مِلْكًا لِلبَانِي فَتُورَثُ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُمْ يَبْنُونَ فِيهَا الحُجُرَاتِ وَيَسْكُنُونَهَا فَلَمْ يَتَحَرَّرْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العِبَادِ بِهِ، وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يُورَثُ المَسْجِدُ أَيْضًا لِعَدَمِ تَحَرُّرِهِ،

رحمه الله وغيره.

قوله: وَإِنْ أَوْصَى بِدَارِهِ كَنِيسَةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّيْنَ جَازَتِ الوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، فالحاصل أن أبا حنيفة رحمه الله فرق بين جعل الذمي داره بيعة أو كنيسة، وبين وصيته بأن يجعل داره بيعة أو كنيسة، فلم يجز في الأول كما هو مذهبهما، وأجاز في الثاني من الثلث.

قوله: وَلَهُ أَنَّ هَذِهِ قُرْبَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ، قال مشايخنا رحمهم الله: هذا الاختلاف فيما إذا أوصى ببناء بِيْعة أو كنيسة في القرى، فأمَّا في المصر فلا يجوز بالاتفاق؛ لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار، كذا في «الجامع الصغير» البرهاني.

بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ وُضِعَ لِإِزَالَةِ المِلْكِ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ ثُبُوتُ مُقْتَضَاهُ فِي غَيْرِ مَا هُوَ قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ فَبَقِيَ فِيمَا هُوَ قُرْبَةٌ عَلَى مُقْتَضَاهُ فَيَزُولُ مِلْكُهُ فَلَا يُورَثُ.

ثُمَّ الحَاصِلُ أَنَّ وَصَايَا الذِّمِّيِّ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: مِنْهَا أَنْ تَكُونَ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَلَا تَكُونَ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمَا إِذَا أَوْصَى الذِّمِّيُّ بِأَنْ تُذْبَحَ خَنَازِيرُهُ وَتُطْعَمَ المُشْرِكِينَ، وَهَذِهِ عَلَى الخِلَافِ إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمِّينَ كَمَا ذَكَرْنَاهُ وَالوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ. وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَى بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَلَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِالحَجِّ أَوْ بِأَنْ يُبْنَى مَسْجِدٌ لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ بِأَنْ يُسْرَجَ فِي مَسَاجِدِ المُسْلِمِينَ، فَهَذِهِ الوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ بِالإِجْمَاعِ اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ، إِلَّا إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ لِوُقُوعِهِ تَمْلِيكًا؛ لِأَنَّهُمْ مَعْلُومُونَ،

قوله: امْتَنَعَ ثُبُوتُ مُقْتَضَاهُ، أي: مقتضى الوصية بتأويل الإيصاء وهو زوال الملك.

قوله: فَبَقِيَ فِيمَا هُوَ قُرْبَةٌ - أي: عندهم - عَلَى مُقْتَضَاهُ، أي: مقتضى الوصية وهو زوال الملك، فلذلك لا يورث؛ وهذا لأن الوصية وضعت لزوال الملك، إلا أن لفظة الوصية تقاعدت عن إفادة مقتضاها وهو زوال الملك فيما إذا أوصى بما ليس بقربة في معتقدهم، فإذا أوصى بما هو قربة في معتقدهم عملت عملها.

ثم سأل محمد رحمه الله على نفسه سؤالًا فقال: كيف يكون هذا قربة من الذمي وأنه لا يثاب على ذلك؟ قلنا: الأحكام في حقهم إنما تبنى على ما يظهرون لا على الحقيقة، ألا ترى أنه إذا ذبح وسمَّى اسم الله تعالى تحل ذبيحته وإن كان ما يعتقده إلـٰهـًا ليس بإلـٰهٍ على الحقيقة، ولو ذبح باسم المسيح لا تحل ذبيحته على ما قال علي رضي الله عنه: «إذا سمعتموهم سموا لغير الله فلا تأكلوا»، كذا في «زيادات» صاحب الكتاب.

وقوله: وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو الذي ذكره بالوصية ببناء البيعة والكنيسة.

وَالجِهَةُ مَشُورَةٌ. وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَى بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِأَنْ يُسْرَجَ فِي بَيْتِ المَقْدِسِ أَوْ يُغْزَى التُّرْكُ وَهُوَ مِنَ الرُّومِ، وَهَذَا جَائِزٌ سَوَاءٌ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ أَوْ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمْ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةً وَفِي مُعْتَقَدِهِمْ أَيْضًا. وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَى بِمَا لا يَكُونُ قُرْبَةً لا فِي حَقِّنَا وَلا فِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِلْمُغَنِّيَاتِ وَالنَّائِحَاتِ، فَإِنَّ هَذَا غَيْرُ جَائِزٍ؛ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِمْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ فَيَصِحُّ تَمْلِيكًا وَاسْتِخْلَافًا، وَصَاحِبُ الهَوَى إِنْ كَانَ لا يَكْفُرُ فَهُوَ فِي حَقِّ الوَصِيَّةِ بِمَنْزِلَةِ المُسْلِمِ؛ لِأَنَّا أُمِرْنَا بِبِنَاءِ الأَحْكَامِ عَلَى الظَّاهِرِ، وَإِنْ كَانَ يَكْفُرُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ المُرْتَدِّ فَيَكُونُ عَلَى الخِلَافِ المَعْرُوفِ

قوله: وَالجِهَةُ مَشُورَةٌ، أي: صرف هذا المال الموصى به إلى استضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وإذا أوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم، كالوصية ببناء المسجد، أو بالإسراج فيه، فإن سمَّى لقوم بأعيانِهم صحت، ويكون تمليكاً منهم، وتبطل الجهة التي عينها، إن شاءوا فعلوا ذلك وإن شاءوا تركوا، وإن كانوا لا يحصون لا يصح؛ لأنه لا يمكن تصحيحه تمليكاً، وأنها ليست بقربة في اعتقادهم حتى يكون تمليكاً من الله تعالى في اعتقادهم، فلا يصح.

قوله: أَوْ يُغْزَى التُّرْكُ وَهُوَ مِنَ الرُّومِ، أي: كَفَرةٍ، أو من الدَّيلم، أو بأن يشترى العبيد من ثلث ماله ويعتق في سبيل الله، فإنَّها صحيحة بالاتفاق؛ لأن هذه وصية بما هو قربة فتكون صحيحة، غاية ما في الباب أنه لا يؤجر بهذه الوصية ولا يستحق الثواب بها؛ ولكن استحقاق الثواب ليس بشرط لصحة الوصية، بل شرط صحة الوصية جَعْلُه لله تعالى بجهة القربة، ألا ترى أن المسلم إذا أوصى بشيءٍ هو قربة ولم تحضره النية صحت الوصية وإن كان لا يستحق الثواب، كذا ذكره صاحب الكتاب.

فِي تَصَرُّفَاتِهِ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ. وَفِي الْمُرْتَدَّةِ الأَصَحُّ أَنَّهُ تَصِحُّ وَصَايَاهَا؛ لِأَنَّهَا تَبْقَى عَلَى الرِّدَّةِ، بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ؛ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ أَوْ يُسْلِمُ.

قَالَ: (وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَأَوْصَى لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُلِّهِ جَازَ)؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ وَلِهَذَا تَنْفُذُ بِإِجَازَتِهِمْ، وَلَيْسَ لِوَرَثَتِهِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ لِكَوْنِهِمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذْ هُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّنَا؛ وَلِأَنَّ حُرْمَةَ مَالِهِ بِاعْتِبَارِ الأَمَانِ، وَالأَمَانُ كَانَ لِحَقِّهِ لا لِحَقِّ وَرَثَتِهِ، وَلَوْ كَانَ أَوْصَى بِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أُخِذَتِ الْوَصِيَّةُ وَيُرَدُّ الْبَاقِي عَلَى وَرَثَتِهِ وَذَلِكَ مِنْ حَقِّ الْمُسْتَأْمَنِ أَيْضًا.

وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عِنْدَ الْمَوْتِ أَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ فِي دَارِ الإِسْلَامِ فَذَلِكَ صَحِيحٌ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الثُّلُثِ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لَهُ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ؛ لِأَنَّهُ مَا دَامَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ فَهُوَ فِي الْمُعَامَلاتِ بِمَنْزِلَةِ الذِّمِّيِّ، وَلِهَذَا تَصِحُّ عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ

قوله: وَفِي الْمُرْتَدَّةِ الأَصَحُّ أَنَّهُ تَصِحُّ وَصَايَاهَا، وذكر صاحب الكتاب في «الزيادات» على خلاف هذا وقال: قال بعضهم: لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، وأمَّا المرتدة فلا تقر على اعتقادها.

قوله: وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَأَوْصَى لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُلِّهِ جَازَ، قيل: هذا إذا لم يكن ورثته معه في دار الإسلام، أمَّا إذا كانت الورثة معه يتوقف على إجازتهم، وأشار إلى هذا في الكتاب بقوله: وَلَيْسَ لِوَرَثَتِهِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ لِكَوْنِهِمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

قوله: فَذَلِكَ صَحِيحٌ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الثُّلُثِ لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله: لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ، إلى آخره.

مِنْهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَيَصِحُّ تَبَرُّعُهُ فِي حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ مَمَاتِهِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَأْمَنٌ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ إِذْ هُوَ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ وَيُمَكَّنُ مِنْهُ، وَلا يُمَكَّنُ مِنْ زِيَادَةِ المُقَامِ عَلَى السَّنَةِ إِلَّا بِالجِزْيَةِ. وَلَوْ أَوْصَى الذِّمِّيُّ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ لا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُمُ التَزَمُوا أَحْكَامَ الإِسْلَامِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى المُعَامَلاتِ. وَلَوْ أَوْصَى لِخِلَافِ مِلَّتِهِ جَازَ اعْتِبَارًا بِالإِرْثِ إِذِ الكُفْرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ أَوْصَى لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الإِسْلَامِ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الإِرْثَ مُمْتَنِعٌ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالوَصِيَّةُ أُخْتُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مُسْتَأْمَنٌ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ، وفي «المبسوط»: وذكر في «الأمالي»: أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا تصح الوصية من المسلم والذمي للمستأمن؛ لأنه وإن كان في دارنا صورةً فهو من أهل دار الحرب حكماً، حتى يتمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ووصية من هو من أهل دار الإسلام لمن هو من أهل دار الحرب باطلة؛ لأن لتباين الدارين تأثيرًا في قطع العصمة والموالاة.

قوله: وَلَوْ أَوْصَى لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وقوله: فِي دَارِ الإِسْلَامِ، ظرف لـ: أَوْصَى، لا لقوله: حَرْبِيٌّ، أي: لو أوصى الذمي في دار الإسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقةً وحكماً، كذا لفظ «المبسوط»؛ ولأن الذمي لو أوصى لحربي في دار الإسلام يجوز على ما ذكر قبل هذا بقوله: وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لَهُ - أي: للمستأمن - مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ الوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ)

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ فَقَبِلَ الوَصِيُّ فِي وَجْهِ المُوصِي وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فَلَيْسَ بِرَدٍّ)؛ لِأَنَّ المَيِّتَ مَضَى لِسَبِيلِهِ مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ، فَلَوْ صَحَّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ

باب الوصي وما يملكه

لمَّا فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي؛ لما أن كتاب الوصايا يشملهما، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها، فكانت الحاجة إلى معرفتها أمسّ.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ، أي: ومن جعل غيره وصيًّا، يقال: أوصى إليه إذا جعله وصيًّا، والاسم: الوصاية بالكسر والفتح، كذا في «الصحاح».

قوله: فَقَبِلَ الوَصِيُّ فِي وَجْهِ المُوصِي - أي: بعلم الموصي - **وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ**، أي: بغير علم الموصي، هكذا فسَّره في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّ المَيِّتَ مَضَى لِسَبِيلِهِ - أي: ماتَ - **مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ**، أي: على الوصي بقبول وصايته.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وهو ما إذا جعله وصيًّا بشرط قبول الوصاية في حال حياة الموصي في وجهه، وبين ما إذا أوْصَى لرجل بثلث ماله، أو بمال معين حيث لا يعتبر قبول الموصى له الوصية في حال حياة الموصي، حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته صح الرد، بخلاف الوصي فإنه لو قبل الوصية في حال حياة الموصي ثم ردَّه بعد وفاته لا يصح الرد، مع أن كل واحدٍ من الوصيتين مضافة إلى ما بعد الموت.

فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَمَاتِهِ صَارَ مَغْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ فَرَدَّ رَدَّهُ،

قلتُ: الفرق بينهما هو أن الإيصاء إلى الغير توكيل إلى وقت في المستقبل وهو ما بعد الموت، وإضافة الوكالات إلى وقت في المستقبل جائزة، فإنه إذا قال لغيره: وكلتُك ببيع عبدي غدًا أو رأس الشهر جاز قياساً واستحساناً.

وأمَّا الوصية بالمال فتمليك مضاف إلى وقت في المستقبل وهو ما بعد الموت، وتمليك المال مضافاً إلى وقت في المستقبل ممَّا يأباه القياس، فإنه لو قال: وهبتُك عبدي هذا غدًا لم يصح.

ثم التوكيل المضاف إلى وقت في المستقبل جائز في حال الحياة، وصح الإيصاء أيضاً إلى آخر الحال مضافاً إلى ما بعد الموت، وإذا صح الإيصاء للحال مضافاً إلى ما بعد الموت صح القبول في الحال أيضاً، فأمَّا تمليك المال مضافاً إلى وقت في المستقبل فباطل فيعتبر باطلًا للحال، وإذا اعتبر باطلًا للحال صار وجوده وعدمه بمنزلة، فلذلك لم يصح القبول للحال؛ ولأن الوصية إليه استحلاف له في الولاية، وإثبات ولاية التصرف للغير مع قيام ولاية المنصرف جائز، ألا ترى أن الوكيل يتصرف عن ولاية مستفادة من قبل الموكل مع قيام ولاية الموكل، فصح القبول والرد في حال حياة الموصي وقيام ولايته، وأمَّا الوصية له فاستحلاف في نفس الملك والحكم يثبت بعد الموت، فإن ثبوت الملك للموصى له مع قيام الملك للموصي لا يتصور، فيعتبر القبول والرد حال ثبوت الملك له وهو ما بعد الموت.

ولأن المقصود في جعله وصيًّا توفير المنفعة على الموصي ودفع الضرر عنه، وبعد ما قبل الوصي لو جاز له الرد بعد الموت تضرر به الموصي؛ لأنه ترك النظر والإيصاء إلى الغير اعتمادًا على قبوله، ثم لو صح ردُّه في غير وجهه يصير الوصي بالقبول كالغارِّ له، والغرور حرام والضرر مدفوع.

بخلاف الوصية بالمال، فإن هناك وإن قبله في حياته فله أن يرده بعدَ موته؛ لأن المقصود هناك توفير المنفعة على الموصى له وليس في رده معنى الضرر والغرور في حق الموصي؛ لأنه إذا رده لا يضيع المال بل يصير إلى وارثه وذلك خير للموصي شرعاً، وهذه الفروق

بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ أَوْ بِبَيْعِ مَالِهِ حَيْثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ؛ لِأَنَّهُ لا ضَرَرَ هُنَاكَ؛ لِأَنَّهُ حَيٌّ قَادِرٌ عَلَى التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ (فَإِنْ رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ فَهُوَ رَدٌّ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُوصِي وِلايَةُ إلزَامِهِ التَّصَرُّفَ، وَلا غُرُورَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُنِيبَ غَيْرَهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ المُوصِي فَهُوَ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ قَبِلَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ)؛ لِأَنَّ المُوصِيَ لَيْسَ لَهُ وِلايَةُ الإلزَامِ فَبَقِيَ مُخَيَّرًا،

الثلاثة مستفادة من «الذخيرة»، و«الإيضاح»، و«المبسوط» على هذا الترتيب.

قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ أَوْ بِبَيْعِ مَالِهِ حَيْثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ، هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من «الذخيرة»، و«التتمة»، و«أدب القاضي» للصدر الشهيد، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي، و«فتاوى قاضي خان»؛ لأنه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح، حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة.

وموضعه في «الذخيرة» الفصل الثاني من وكالتها، والفصل العاشر من وكالة «التتمة»، والباب السابع والستون من «أدب القاضي»، وباب بيع الأوصياء من وصايا «الجامع الصغير»، وفصل التوكيل بالخصومة من «فتاوى قاضي خان»، ولكن ذكر في «فتاوى قاضي خان» في الوكيل بشراء شيءٍ بعينه فقال: والوكيل بشراء شيء بعينه إذا أخرج نفسه عن الوكالة لا يملك إلا بمحضر من الموكل.

ثم العجب من الإمام قاضي خان رحمه الله أنه ذكر في «الجامع الصغير» مع هذا ما يوافق رواية «الهداية» فقال: بين هذا وبين هذا - أي: بين الوصي وبين ما لو وكل رجلًا بشيءٍ فرد الوكيل - يصح رده سواءٌ رده في وجه الموكل أو في غير وجهه؛ لأن في الوكالة الموكل قادر على التصرف بنفسه، فلو صحَّ الرد لا يتضرر به الموكل ولا يصير مغرورًا، والله تعالى أعلم بصحته.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ المُوصِي فَهُوَ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ قَبِلَ وَإِنْ شَاءَ

فَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا مِنْ تَرِكَتِهِ فَقَدْ لَزِمَتْهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةُ الِالْتِزَامِ وَالقَبُولِ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ بَعْدَ المَوْتِ، وَيَنْفُذُ البَيْعُ لِصُدُورِهِ مِنَ الوَصِيِّ، وَسَوَاءٌ عَلِمَ بِالوِصَايَةِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالتَّوْكِيلِ فَبَاعَ حَيْثُ لا يَنْفُذُ؛ لِأَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِحَالِ انْقِطَاعِ وِلَايَةِ المَيِّتِ فَتَنْتَقِلُ الوِلَايَةُ إِلَيْهِ، وَإِذَا كَانَتْ خِلَافَةً لا تَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ كَالوِرَاثَةِ. أَمَّا التَّوْكِيلُ إِنَابَةٌ لِثُبُوتِهِ فِي حَالِ قِيَامِ وِلَايَةِ

لَمْ يَقْبَلْ؛ لأن الإيصاء توكيل بعد الوفاة فيعتبر بالتوكيل حالة الحياة، ومن وكل وكيلًا حال حياته ما لم يوجد من الوكيل قبول إمَّا دلالةً أو نصًّا كان بالخيار إن شاء رد وإن شاء قبل، فكذلك هذا.

فإن قيل: كان يجب أن لا يكون له الخيار؛ لأنه لمَّا بلغه الإيصاء ولم يرده حال حياة الموصي يترك الميت الإيصاء إلى غيره اعتمادًا على أنه يقبله، فإذا ردَّ بعد وفاته يصير الميت مغرورًا من جهته.

والجواب عنه أن الميت مغتر هاهُنا وليس بمغرور؛ لأنه كان من حقه أن يسأل عنه أنه يقبله أو لا يقبل، فإذا لم يفعل ذلك وبنى الأمر على أنه يقبله بعد موته ولم يوص إلى غيره حصل مغترًّا من جهة نفسه لا مغرورًا من جهة الوصي، بخلاف ما إذا قبل؛ لأنه لمَّا قبل في حياته يترك الميت الإيصاء إلى غيره اعتمادًا على قبوله، فلو ملك الرد بعد وفاته يصير الميت مغرورًا من جهته والغرور منفي، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا مِنْ تَرِكَتِهِ فَقَدْ لَزِمَتْهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةُ الِالْتِزَامِ وَالقَبُولِ، ودليل القبول كصريح القبول، فلذلك إذا باع بعض تركة الميت، أو اشترى للميت بعض ما يحتاجون إليه، أو اقتضى مالًا، أو قضاه، لزمته الوصية لوجود دليل القبول والرضاء، كالمشروط له الخيار إذا وجد منه ما يدل على الإجازة والفسخ كان ذلك بمنزلة التصريح بذلك، والأصل في ذلك قوله صلَّى الله عليه وسلَّم لبريرة رضي الله عنها: «إن وطئك زوجك فلا خيار لك»، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا كَانَتْ خِلَافَةً لا تَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ كَالوِرَاثَةِ، وهذه النكتة تحتاج إلى التميم،

المُنِيبِ فَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ كَإِثْبَاتِ المِلْكِ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ العِلْمِ وَشَرْطَ الإِخْبَارِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الكُتُبِ.

(وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ حَتَّى مَاتَ المُوصِي فَقَالَ لا أَقْبَلُ ثُمَّ قَالَ أَقْبَلُ فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنِ القَاضِي أَخْرَجَهُ مِنَ الوَصِيَّةِ حِينَ قَالَ لا أَقْبَلُ)؛ لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ لا أَقْبَلُ لا يَبْطُلُ الإِيصَاءُ؛ لِأَنَّ فِي إِبْطَالِهِ ضَرَرًا بِالمَيِّتِ وَضَرَرُ الوَصِيِّ فِي الإِبْقَاءِ مَجْبُورٌ بِالثَّوَابِ، وَدَفْعُ الأَوَّلِ وَهُوَ أَعْلَى أَوْلَى، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ إِذَا أَخْرَجَهُ عَنِ الوِصَايَةِ يَصِحُّ ذَلِكَ؛

وتمامها أن الوصاية لمَّا كانت خلافه كالإرث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث، فإذا صحَّ البيع صار لازماً حكماً لنفاذ البيع فلا يملك رده بعد ذلك، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ العِلْمِ وَشَرْطَ الإِخْبَارِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الكُتُبِ، ومن تلك الكتب هو ما ذكره في فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب «أدب القاضي»، فذكر هناك هذا الفرق الذي ذكر هاهُنا، ووجه التبليغ فقال: ومن أعلم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه، ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو والأول سواء، أي: الواحد منهما يكفي.

قوله: وَدَفْعُ الأَوَّلِ - أي: ودفع المضرة الأولى - وَهُوَ أَعْلَى أَوْلَى، يعنِي: لمَّا قال: لا أقبل لا يبطل الإيصاء ولم يرتد؛ لأنه لو بطل لوقع الموصي في الضرر، والضرر واجب الدفع وإن كان في لزوم الإيصاء نوع ضرر على الوصي، ولكن هذا الضرر أقل من ذلك الضرر؛ ولأن هذا مجبور بالثواب وذلك غير مجبور بشيءٍ، كذا ذكره الإمام الكشانِي رحمه الله.

قوله: إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ إِذَا أَخْرَجَهُ عَنِ الوِصَايَةِ يَصِحُّ ذَلِكَ، أي: يصح إخراج القاضي، وهذا استثناء عن قوله: ثُمَّ قَالَ أَقْبَلُ فَلَهُ ذَلِكَ، يعنِي: لو رد الوصي الوصاية فقال: لا أقبل ثم قال: أقبل يجوز قبوله الوصاية، إلا إذا كان القاضي أخرجه حين رد الوصاية فحينئذٍ لا يصح قبوله بعد ذلك.

لِأَنَّهُ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، إِذْ لِلْقَاضِي وِلَايَةُ دَفْعِ الضَّرَرِ، وَرُبَّمَا يَعْجِزُ عَنْ ذَلِكَ فَيَتَضَرَّرُ بِبَقَاءِ الوِصَايَةِ فَيَدْفَعُ القَاضِي الضَّرَرَ عَنْهُ وَيُنَصِّبُ حَافِظًا لِمَالِ المَيِّتِ مُتَصَرِّفًا فِيهِ فَيَنْدَفِعُ الضَّرَرُ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَلِهَذَا يَنْفُذُ إِخْرَاجُهُ، فَلَوْ قَالَ بَعْدَ إِخْرَاجِ القَاضِي إِيَّاهُ أَقْبَلُ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَبِلَ بَعْدَ بُطْلَانِ الوِصَايَةِ بِإِبْطَالِ القَاضِي.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ أَوْ كَافِرٍ أَوْ فَاسِقٍ أَخْرَجَهُمُ القَاضِي عَنِ الوِصَايَةِ وَنَصَّبَ غَيْرَهُمْ) وَهَذَا اللَّفْظُ يُشِيرُ إِلَى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الإِخْرَاجَ يَكُونُ بَعْدَهَا. وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ أَنَّ الوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ. قِيلَ مَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ أَنَّ الوَصِيَّةَ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ فِي العَبْدِ بَاطِلٌ حَقِيقَةً،

وذكر في «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله في باب ما يكون قبولًا للوصية: ولو أوصى إليه وهو ليس بحاضرٍ فبلغه ذلك في حياة الموصي أو بعد وفاته فقال: لا أقبل ثم مات الموصي ثم قبل بعد ذلك يجوز؛ لأن هذا الرد لم يصح من غير علم الموصي، كرد الوكالة لا يصح من غير علم الموكل، فإذا لم يرتد الإيجاب وقبل صح القبول، إلا أن يكون القاضي أخرجه من ذلك بذلك الرد فيكون خارجًا من الوصية، فبعد ذلك وإن قبل لا يصح.

واختلف المشايخ رحمهم الله في تخريج هذا الحكم، منهم من قال: إنما كان لأن على قول بعض العلماء يصح الرد بدون علم الموصي، فالقاضي متى أخرجه من الوصاية بذلك الرد فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ، وإليه ذهب الإمام السرخسي رحمه الله.

ومنهم من قال: لا حاجة إلى هذا لكن إنما كان؛ لأن الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرجه ويصح الإخراج فهذا أَوْلَى؛ وإليه ذهب الإمام شمس الأئمة الحلواني.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ، أي: إلى عبد غيره؛ لأنه ذكر بعد هذا حكم الإيصاء إلى عبد نفسه، وفي «المبسوط» صرح بهذا وقال: وإذا أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة وإن أجاز مولاه.

لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ وَاسْتِبْدَادِهِ، وَفِي غَيْرِهِ مَعْنَاهُ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ فِي الكَافِرِ بَاطِلٌ أَيْضًا لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ عَلَى المُسْلِمِ، وَوَجْهِ الصِّحَّةِ، ثُمَّ الإِخْرَاجُ أَنَّ أَصْلَ النَّظَرِ ثَابِتٌ لِقُدْرَةِ العَبْدِ حَقِيقَةً، وَوِلَايَةُ الفَاسِقِ عَلَى أَصْلِنَا وَوِلَايَةُ الكَافِرِ فِي الجُمْلَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ النَّظَرُ لِتَوَقُّفِ وِلَايَةِ العَبْدِ عَلَى إِجَازَةِ المَوْلَى وَتَمَكُّنِهِ مِنَ الحَجْرِ بَعْدَهَا وَالمُعَادَاةِ

قوله: لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ - أي: لعدم ولاية العبد على نفسه، والوصية ولاية والرق ينفي ولايته عن نفسه فيمنع ولايته على غيره - وَاسْتِبْدَادِهِ، أي: ولعدم استبداده بنفسه؛ لأن منافعه لمولاه فالظاهر أنه يمنعه من التبرع بها على غيره، فكذلك بعد إجازة المولى لا تصح وصايته أيضـًا؛ لأن هذا بمنزلة الإعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم، فإذا رجع المولى عنه كان العبد عاجزًا عن التصرف بالوصاية، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: قِيلَ مَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ ... سَتَبْطُلُ، والدليل على هذا ما ذكره في «الإيضاح» بقوله: ولو تصرف العبد قبل أن يخرجه القاضي نفذ تصرفه؛ لأنه أهل للتصرف ولكن يخرجه القاضي للمعنى الذي ذكرنا، وهو أن منافع بدنه مستحقة للمولى فلا يجوز الصرف إلى ورثة الموصي، فقبل الإخراج الوصاية ثابتة فنفذ تصرفه، وكذلك في الكافر معناه ستبطل؛ لأنه ذكر في كتاب القسمة ما يدل على جواز الوصية ما لم يخرجه القاضى، فإن حملناه على هذه الرواية فالوجه فيه أنه أهل للتصرف واستنابته صحيحة إلا أن القاضى يخرجه عن الوصاية؛ لأنه لا يتوقي البياعات الفاسدة، ولئن اعتبرنا ظاهر الرواية فالوجه فيه أن في الوصية إثبات الولاية للوصي على سبيل الخلافة عنه، ولا ولاية للكافر على المسلم.

ثم الوصي يخلف الموصي في التصرف، كما أن الوارث يخلف المورث في الملك والتصرف، والكافر لا يرث المسلم فلذلك لا يكون وصيًّا للمسلم، وكذلك إن أوصى الذمي إلى الحربي لم يجز لهذا المعنى، ولو أوصى إلى مكاتبه أو إلى مكاتب غيره فهو جائز؛ لأن المكاتب في منافعه بمنزلة الحر، فإن عجز المكاتب عن المكاتبة وعاد قنًّا كان الجواب فيه كالجواب في العبد، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

الدِّينِيَّةِ البَاعِثَةِ لِلْكَافِرِ عَلَى تَرْكِ النَّظَرِ فِي حَقِّ المُسْلِمِ وَاتِّهَامِ الفَاسِقِ بِالخِيَانَةِ فَيُخْرِجُهُ القَاضِي مِنَ الوِصَايَةِ وَيُقِيمُ غَيْرَهُ مُقَامَهُ إِتْمَامًا لِلنَّظَرِ. وَشَرَطَ فِي الأَصْلِ أَنْ يَكُونَ الفَاسِقُ مَخُوفًا عَلَيْهِ فِي المَالِ، وَهَذَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ بِغَيْرِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدِ نَفْسِهِ وَفِي الوَرَثَةِ كِبَارٌ لَمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ)؛ لِأَنَّ لِلْكَبِيرِ أَنْ يَمْنَعَهُ أَوْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ فَيَمْنَعَهُ المُشْتَرِي فَيَعْجِزُ عَنِ الوَفَاءِ بِحَقِّ الوِصَايَةِ فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا كُلُّهُمْ فَالوَصِيَّةُ إِلَيْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَلَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا وَهُوَ القِيَاسُ. وَقِيلَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرِبٌ، يَرْوِي مَرَّةً مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَتَارَةً مَعَ أَبِي يُوسُفَ.

وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّ الوِلَايَةَ مُنْعَدِمَةٌ لِمَا أَنَّ الرِّقَّ يُنَافِيهَا؛ وَلِأَنَّ فِيهِ إِثْبَاتَ الوِلَايَةِ لِلْمَمْلُوكِ عَلَى المَالِكِ، وَهَذَا قَلْبُ المَشْرُوعِ؛ وَلِأَنَّ الوِلَايَةَ الصَّادِرَةَ مِنَ الأَبِ لَا تَتَجَزَّأُ، وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ تَجْزِئَتُهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ رَقَبَتِهِ وَهَذَا نَقْضُ المَوْضُوعِ.

قوله: وَهَذَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ؛ لأن الإيصاءَ إلى الغير إنما يجوز شرعـًا ليتم به نظر الموصي لنفسه ولأولاده، وبالإيصاء إلى الفاسق لا يتم معنى النظر.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ، احتراز عن الصبي والمجنون، وقوله: مُسْتَبِدٌّ، احتراز عن الإيصاء إلى عبد الغير فإنه لا استبداد له، وعن الإيصاء إلى عبد نفسه وفي الورثة كبير؛ لأن للكبير أن يمنع نصيبه منه فلا يبقى حينئذٍ للعبد الاستبداد بنفسه، وأمَّا فيما نحن فيه فلا يتملك بيعه أحد وكان مستبدًا بالتصرف، وعن هذا علل لأبي حنيفة رحمه الله في «الأسرار» و«الإيضاح» بقوله: إن أحدًا لا يملك بيعه فجازت الوصية إليه، ثم قال في «الأسرار»:

فإن قيل: للقاضي ولاية البيع في هذه المسألة، قلنا: إذا ثبتَ الإيصاء إلى العبد لم يبق

وَلَهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ مُسْتَبِدٌّ بِالتَّصَرُّفِ فَيَكُونُ أَهْلًا لِلْوِصَايَةِ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ، فَإِنَّ الصِّغَارَ وَإِنْ كَانُوا مُلَّاكًا لَيْسَ لَهُمْ وِلَايَةُ الْمَنْعِ فَلَا مُنَافَاةَ، وَإِيصَاءُ الْمَوْلَى إِلَيْهِ يُؤْذِنُ بِكَوْنِهِ نَاظِرًا لَهُمْ وَصَارَ كَالْمُكَاتَبِ، وَالوِصَايَةُ قَدْ تَتَجَزَّأُ عَلَى مَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، أَوْ نَقُولُ: يُصَارُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبْطَالِ أَصْلِهِ، وَتَغْيِيرِ الْوَصْفِ لِتَصْحِيحِ الأَصْلِ أَوْلَى.

قَالَ: (وَمَنْ يَعْجِزُ عَنِ القِيَامِ بِالوَصِيَّةِ ضَمَّ إِلَيْهِ القَاضِي غَيْرَهُ) رِعَايَةً لِحَقِّ المُوصِي وَالوَرَثَةِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ تَكْمِيلَ النَّظَرِ يَحْصُلُ بِضَمِّ الآخَرِ إِلَيْهِ لِصِيَانَتِهِ وَنَقْصِ كِفَايَتِهِ فَيَتِمُّ النَّظَرُ بِإِعَانَةِ غَيْرِهِ، وَلَوْ شَكَا إِلَيْهِ الوَصِيُّ ذَلِكَ لَا يُجِيبُهُ حَتَّى يَعْرِفَ ذَلِكَ

للقاضي ولاية البيع.

قوله: وَالوِصَايَةُ قَدْ تَتَجَزَّأُ عَلَى مَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، فإنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين وإلى الآخر في الدين، روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: أن كل واحد منهما يكون وصيًّا فيما أوصي إليه خاصة، كذا ذكره الإمام المحبوبي في «الجامع الصغير».

قوله: وَمَنْ يَعْجِزُ عَنِ القِيَامِ بِالوَصِيَّةِ، أي: بالوصاية.

قوله: وَلَوْ شَكَى إِلَيْهِ الوَصِيُّ ذَلِكَ، أي: ولو شكى إلى القاضي الوصيُّ عجزَه عن القيام بأمور الوصاية، هكذا صرَّح في «المبسوط» وقال:

وإن كان الوصيُّ شكى إلى القاضي عجزه عن التصرف فعلى القاضي أن ينظر في ذلك، فإن علم عدالته وعجزه عن الاستبداد ضم إليه غيره؛ لأنه لو لم يفعل ذلك إمَّا أن يتضرر الوصي بالعجز عن التصرف في حقوق نفسه، أو يترك التصرف في حوائج الموصي فيتمكن الخلل في مقصود الموصي، ويرتفع هذا الخلل بضم غيره إليه.

حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ الشَّاكِيَ قَدْ يَكُونُ كَاذِبًا تَخْفِيفًا عَلَى نَفْسِهِ، وَإِذَا ظَهَرَ عِنْدَ القَاضِي عَجْزُهُ أَصْلًا اسْتَبْدَلَ بِهِ رِعَايَةً لِلنَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ؛ وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّصَرُّفِ أَمِينًا فِيهِ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهُ؛ لِأَنَّهُ لَوِ اخْتَارَ غَيْرَهُ كَانَ دُونَهُ لِمَا أَنَّهُ كَانَ مُخْتَارَ المَيِّتِ وَمَرْضِيَّهُ فَإِبْقَاؤُهُ أَوْلَى، وَلِهَذَا قُدِّمَ عَلَى أَبِ المَيِّتِ مَعَ وُفُورِ شَفَقَتِهِ فَأَوْلَى أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى غَيْرِهِ، وَكَذَا إِذَا شَكَا الوَرَثَةُ أَوْ بَعْضُهُمُ الوَصِيَّ إِلَى القَاضِي فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَعْزِلَهُ حَتَّى يَبْدُوَ لَهُ مِنْهُ خِيَانَةٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتَفَادَ الوِلَايَةَ مِنَ المَيِّتِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَتِ الخِيَانَةُ فَالمَيِّتُ إِنَّمَا نَصَّبَهُ وَصِيًّا لِأَمَانَتِهِ وَقَدْ فَاتَتْ، وَلَوْ كَانَ فِي الأَحْيَاءِ لَأَخْرَجَهُ مِنْهَا، فَعِنْدَ عَجْزِهِ يَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ كَأَنَّهُ لَا وَصِيَّ لَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ

قوله: وَلِهَذَا قُدِّمَ، أي: الوصي.

قوله: لِأَنَّهُ اسْتَفَادَ الوِلَايَةَ مِنَ المَيِّتِ؛ ولأن الموصي اختاره ورضي به، والشاكي قد يكون ظالمـًا في شكواه فلمَّا لم تتبين جنايته لا يحتاج القاضي إلى النيابة عن الميت في النظر له والاستبدال به، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمَنْ أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وقال أبو يوسف رحمه الله: ينفرد، قيل هذا الاختلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحدٍ منهما على حدة، فأمَّا إذا أوصى لهما جملة لا ينفرد أحدهما بالإجماع، كذا ذكره الإمام الكشاني رحمه الله.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: قيل: الخلاف فيما إذا أوصى لهما معـًا، فأمَّا إذا أوصى إلى كل واحد منهما بالانفراد على وجه التعاقب ينفرد أحدهما بالتصرف عند الكل،

دُونَ صَاحِبِهِ) إِلَّا فِي أَشْيَاءَ مَعْدُودَةٍ نُبَيِّنُهَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ:

وقيل: الخلاف في الفصلين واحد، وهكذا أيضاً ذكر الإمام المحبوبي في «الجامع الصغير» فقال: وذكر الإمام شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله في شرح هذا الكتاب عن أبي القاسم الصفار وقال: هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقدٍ واحدٍ، فأمّا إذا أوصى إلى كل واحدٍ منهما بعقد على حدة ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف، قال الفقيه أبو الليث: وقول أبي القاسم الصفار رحمهما الله أصح وبه نأخذ.

وحُكي عن أبي بكر الإسكاف قال: الخلاف فيهما جميعاً، سواء أوصى إليهما جميعاً أو متفرقاً، جعل في «المبسوط» قول أبي بكر الإسكاف أصح وقال: ولم يذكر في الكتاب ما إذا أوصى إلى كل واحدٍ منهما على الانفراد، وقال كثير من مشايخنا رحمهم الله: إن هنا ينفرد كل واحد منهما بالتصرف، بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحدٍ منهما على الانفراد، ولكن الأصح أن الخلاف في الفصلين؛ لأن وجوب الوصية يكون عند الموت، وعند الموت إنما تثبت الوصية لهما معاً.

بخلاف الوكالة؛ وهذا لأن بالإيصاء إلى الثانِي يقصد إشراكه مع الأول، وهو يملك الرجوع عن الوصية إلى الأول فيملك إشراك الثانِي معه، وقد يوصي الإنسان إلى غيره على ظن أنه يتمكن من إتمام مقصوده وحده، ثم يتبيَّن له عجزه عن ذلك فيضم إليه غيره فكان بمنزلة الوصية إليهما معاً، بخلاف الوكيلين فإن رأي الموكل قائم هناك، وإذا عجز الوكيل تمكن الموكل من المباشرة بنفسه فلم يكن قصده ضم الثانِي إلى الأول، وإنما كان قصده إنابة كل واحد منهما منابه بانفراده.

وذكر في الكتاب اختلاف الأقوال فيه، ولم يذكر ما هو الأصح عنده.

قوله: إِلَّا فِي أَشْيَاءَ مَعْدُودَةٍ، أي: استحساناً، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الأسرار»: وإذا أوصى إلى رجلين لم يملك أحدهما التفرد بالتصرف إلا في ستة أشياء: تجهيز الميت، وقضاء الديون بجنس حقه، وشراء ما لا بدَّ للصغير منه، وبيع ما يسرع إليه الفساد عند عدم الآخذ، ورد الغصب، والوديعة، والخصومة.

يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ؛ لِأَنَّ الوِصَايَةَ سَبِيلُهَا الوِلَايَةُ وَهِيَ وَصْفٌ شَرْعِيٌّ لا تَتَجَزَّأُ فَيَثْبُتُ لِكُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلًا كَوِلَايَةِ الإِنْكَاحِ لِلْأَخَوَيْنِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ، وَإِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إذَا انْتَقَلَتِ الوِلَايَةُ إلَيْهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا لِلْمُوصِي وَقَدْ كَانَ بِوَصْفِ الكَمَالِ؛ وَلِأَنَّ اخْتِيَارَ الأَبِ إيَّاهُمَا يُؤْذِنُ بِاخْتِصَاصِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشَّفَقَةِ فَيَنْزِلُ ذَلِكَ مَنْزِلَةَ قَرَابَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَلَهُمَا أَنَّ الوِلَايَةَ تَثْبُتُ بِالتَّفْوِيضِ فَيُرَاعَى وَصْفُ التَّفْوِيضِ وَهُوَ وَصْفُ الِاجْتِمَاعِ إذْ هُوَ شَرْطٌ مُقَيِّدٌ، وَمَا رَضِيَ المُوصِي إلَّا بِالمُثَنَّى وَلَيْسَ الوَاحِدُ كَالمُثَنَّى، بِخِلَافِ الأَخَوَيْنِ فِي الإِنْكَاحِ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَالِكَ القَرَابَةُ وَقَدْ قَامَتْ بِكُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلًا، وَلِأَنَّ الإِنْكَاحَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ لَهَا عَلَى الوَلِيِّ، حَتَّى لَوْ طَالَبَتْهُ بِإِنْكَاحِهَا مِنْ كُفْؤٍ يَخْطُبُهَا

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، يملك التفرد به، وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان: والحاصل أن عندهما أحد الوصفين لا ينفرد بالتصرف إلا في ثمانية، وزاد على ما ذكر في «الأسرار» تنفيذ الوصية المعينة، وقبول الهبة، وجمع الأموال الضائعة، يحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الأموال الضائعة فيعدان واحدًا، فبِهِ تتم الثمانية، والمصنِّف رحمه الله لمَّا رأى اختلاف الأقوال في العدد لم يتعرض للعدد بل قال: إِلَّا فِي أَشْيَاءَ مَعْدُودَةٍ.

قوله: لِأَنَّ الوِصَايَةَ سَبِيلُهَا الوِلَايَةُ، حتى أنَّها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد، فإن الوصاية إليهما لا تصح على ما مرَّ لعدم ولاية الكافر على المسلم، وعدم ولاية العبد على أحد.

قوله: فَيُرَاعَى وَصْفُ التَّفْوِيضِ، وإنما فوِّض إليهما حق التصرف فكل واحدٍ منهما في هذا السبب بمنزلة شطر العلة، وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم.

قوله: إِذْ هُوَ شَرْطٌ مُقَيِّدٌ، أي: وصف الاجتماع شرط مقيد؛ لأن رأي الواحد لا يكون

يَجِبُ عَلَيْهِ وَهَاهُنَا حَقُّ التَّصَرُّفِ لِلْوَصِيِّ، وَلِهَذَا يَبْقَى مُخَيَّرًا فِي التَّصَرُّفِ، فَفِي الأَوَّلِ أَوْفَى حَقًّا عَلَى صَاحِبِهِ فَصَحَّ، وَفِي الثَّانِي اسْتَوْفَى حَقًّا لِصَاحِبِهِ فَلَا يَصِحُّ أَصْلُهُ الدَّيْنُ الَّذِي عَلَيْهِمَا وَلَهُمَا، بِخِلَافِ الأَشْيَاءِ المَعْدُودَةِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ بَابِ الضَّرُورَةِ لا مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ، وَمَوَاضِعُ الضَّرُورَةِ مُسْتَثْنَاةٌ أَبَدًا، وَهِيَ مَا اسْتَثْنَاهُ فِي الكِتَابِ وَأَخَوَاتِهَا فَقَالَ: (إِلَّا فِي شِرَاءِ كَفَنِ المَيِّتِ وَتَجْهِيزِهِ)؛ لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ فَسَادَ المَيِّتِ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الجِيرَانُ عِنْدَ ذَلِكَ (وَطَعَامِ الصِّغَارِ وَكِسْوَتِهِمْ)؛ لِأَنَّهُ يَخَافُ مَوْتَهُمْ جُوعًا وَعُرْيًا (وَرَدِّ الوَدِيعَةِ بِعَيْنِهَا وَرَدِّ المَغْصُوبِ وَالمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا وَحِفْظِ الأَمْوَالِ وَقَضَاءِ الدُّيُونِ)؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ المَالِكُ، وَصَاحِبُ الدَّيْنِ إِذَا ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ وَحِفْظُ المَالِ يَمْلِكُهُ مَنْ يَقَعُ فِي يَدِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الإِعَانَةِ. وَلِأَنَّهُ لا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ (وَتَنْفِيذِ وَصِيَّةٍ بِعَيْنِهَا

كرأي المثنى، ومقصود الموصي توفير المنفعة عليه وعلى ورثته، وذلك عند اجتماع رأيهما أظهر فأشبه الوكالة من هذا الوجه.

قوله: لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ، أي: الولاية المستفادة من الموصي.

قوله: وَصَاحِبُ الدَّيْنِ إِذَا ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ، أي: يملك صاحب الدين أخذه إذا كان ذلك من جنس حقه، فلمَّا ملك أخذه من غير تسليم أحد لم يكن التسليم من باب الولاية.

وقوله: وَحِفْظُ المَالِ، بالرفع، هذا على وجه التعليل لقوله: وَقَضَاءِ الدُّيُونِ، يعني: أن كل واحدٍ من الوصيين يملك قضاء الدين؛ لأنه ليس في قضاء الدين إلا حفظ المال إلى أن يقضيَ إلى صاحب الدين، وكل من يقع المال في يده فهو يملك حفظه، هذا في قضاء دين الميت، وأمَّا في اقتضاء دين المت على الغير فهو على الخلاف، ذكره في «المبسوط» وقال:

وأمَّا اقتضاء الديون واسترداد الوديعة فهو على الخلاف؛ لأن هذا يقبل التأخير ويتحقق

وَعِتْقِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ)؛ لِأَنَّهُ لا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ (وَالخُصُومَةِ فِي حَقِّ المَيِّتِ)؛ لِأَنَّ الِاجْتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ وَلِهَذَا يَنْفَرِدُ بِهَا أَحَدُ الوَكِيلَيْنِ (وَقَبُولِ الهِبَةِ)؛ لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خِيفَةَ الفَوَاتِ؛ وَلِأَنَّهُ يُمَلِّكُهُ الأُمَّ وَالَّذِي فِي حِجْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ (وَبَيْعِ مَا يَخْشَى عَلَيْهِ التَّوَى وَالتَّلَفَ)؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً لا تُخْفَى (وَجَمْعِ الأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ)؛ لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خَشْيَةَ الفَوَاتِ؛ وَلِأَنَّهُ يُمَلِّكُهُ كُلُّ مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَيْسَ لِأَحَدِ الوَصِيَّيْنِ أَنْ يَبِيعَ وَيَتَقَاضَى، وَالمُرَادُ بِالتَّقَاضِي الِاقْتِضَاءُ، كَذَا كَانَ المُرَادُ مِنْهُ فِي عُرْفِهِمْ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا جَمِيعًا فِي القَبْضِ؛ وَلِأَنَّهُ فِي مَعْنَى المُبَادَلَةِ لا سِيَّمَا عِنْدَ اخْتِلَافِ الجِنْسِ عَلَى مَا عُرِفَ فَكَانَ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ، وَلَوْ أَوْصَى إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ

اجتماعهما عليه، وفيه توفير المنفعة؛ لأن حفظ الواحد لا يكون كحفظ المثنى، وإنما رضي الموصي بحفظهما.

قوله: وَقَبُولِ الهِبَةِ، بالجرِّ وهو معطوف على قوله: إِلَّا فِي شِرَاءِ الْكَفَنِ.

قوله: وَالخُصُومَةِ فِي حَقِّ المَيِّتِ؛ لِأَنَّ الِاجْتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ، لأنَّهما لو تكلما معاً بالخصومة في مجلس القضاء يؤدي إلى شغب في مجلس القضاء ولا يفهم القاضي كلامهما، وقال في «المبسوط»:

والخصومة مما لا يتحقق اجتماعهما عليه، ألا ترى أنَّهما وإن حضرا لم يتكلم إلا أحدهما؛ لأنَّهما لو تكلما جميعاً لم يفهم القاضي كلام كل واحد منهما، ولهذا يملك أحد الوكيلين الخصومةَ والتفرد بها.

قوله: وَالمُرَادُ بِالتَّقَاضِي الِاقْتِضَاءُ، أي: القبض؛ لأن الموصي ما رضي بتصرفه فلا يكون للوصي أن يرضى بما يعلم أن الموصي لم يرض به.

عَلَى الِانْفِرَادِ قِيلَ يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلَيْنِ إِذَا وَكَّلَ كُلَّ وَاحِدٍ عَلَى الِانْفِرَادِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا أَفْرَدَ فَقَدْ رَضِيَ بِرَأْيِ الوَاحِدِ. وَقِيلَ الخِلَافُ فِي الفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ الوَصِيَّةِ عِنْدَ المَوْتِ بِخِلَافِ الوَكِيلَيْنِ؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ تَتَعَاقَبُ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا جَعَلَ القَاضِيَ مَكَانَهُ وَصِيًّا آخَرَ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ البَاقِيَ عَاجِزٌ عَنِ التَفَرُّدِ بِالتَّصَرُّفِ فَيَضُمُّ القَاضِي إِلَيْهِ وَصِيًّا آخَرَ نَظَرًا لِلْمَيِّتِ عِنْدَ عَجْزِهِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الحَيُّ مِنْهُمَا وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى التَّصَرُّفِ فَالمُوصِي قَصَدَ أَنْ يَخْلُفَهُ مُتَصَرِّفًا فِي حُقُوقِهِ، وَذَلِكَ مُمْكِنُ التَّحَقُّقِ بِنَصْبِ وَصِيٍّ آخَرَ مَكَانَ المَيِّتِ. وَلَوْ أَنَّ المَيِّتَ مِنْهُمَا أَوْصَى إِلَى الحَيِّ فَلِلْحَيِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ وَحْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا أَوْصَى إِلَى شَخْصٍ آخَرَ. وَلَا يَحْتَاجُ القَاضِي إِلَى نَصْبِ وَصِيٍّ آخَرَ؛ لِأَنَّ رَأْيَ المَيِّتِ بَاقٍ حُكْمًا بِرَأْيِ مَنْ يَخْلُفُهُ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَنْفَرِدُ بِالتَّصَرُّفِ؛ لِأَنَّ المُوصِيَ مَا رَضِيَ بِتَصَرُّفِهِ وَحْدَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى إِلَى غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بِرَأْيِ المُثَنَّى كَمَا رَضِيَهُ المُتَوَفَّى.

وَإِذَا مَاتَ الوَصِيُّ وَأَوْصَى إِلَى آخَرَ فَهُوَ وَصِيُّهُ فِي تَرِكَتِهِ وَتَرِكَةِ المَيِّتِ الأَوَّلِ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ المَيِّتِ الأَوَّلِ اعْتِبَارًا بِالتَّوْكِيلِ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ لَا بِرَأْيِ غَيْرِهِ.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ المَيِّتِ الأَوَّلِ، بحال، وقال ابن أبي ليلى: لا يكون وصيًّا في تركة الميت الأول إلا أن يوصى إليه بوصية الأول، كذا

وَلَنَا أَنَّ الوَصِيَّ يَتَصَرَّفُ بِوِلَايَةٍ مُنْتَقِلَةٍ إِلَيْهِ فَيَمْلِكُ الإِيصَاءَ إِلَى غَيْرِهِ كَالجَدِّ؛ أَلَا يُرَى أَنَّ الوِلَايَةَ الَّتِي كَانَتْ ثَابِتَةً لِلْمُوصِي تَنْتَقِلُ إِلَى الوَصِيِّ فِي المَالِ وَإِلَى الجَدِّ فِي النَّفْسِ، ثُمَّ الجَدُّ قَائِمٌ مُقَامَ الأَبِ فِيمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَكَذَا الوَصِيُّ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الإِيصَاءَ إِقَامَةُ غَيْرِهِ مُقَامَهُ فِيمَا لَهُ وِلَايَتُهُ، وَعِنْدَ المَوْتِ كَانَتْ لَهُ وِلَايَةٌ فِي التَّرِكَتَيْنِ فَيَنْزِلُ الثَّانِي مَنْزِلَتَهُ فِيهِمَا؛ وَلِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُ قَدْ تَعْتَرِيهِ المَنِيَّةُ قَبْلَ تَتْمِيمِ مَقْصُودِهِ بِنَفْسِهِ وَهُوَ تَلَافِي مَا فَرَّطَ مِنْهُ صَارَ رَاضِيًا بِإِيصَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ؛ لِأَنَّ المُوَكِّلَ حَيٌّ يُمْكِنُهُ أَنْ يُحَصِّلَ مَقْصُودَهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَرْضَى بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ وَالإِيصَاءِ إِلَيْهِ.

في «المبسوط».

قوله: وَإِلَى الجَدِّ فِي النَّفْسِ، حتى كان له ولاية تزويج الصغار والصغائر، واستيفاء القصاص.

قوله: فَكَذَا الوَصِيُّ، فيما انتقل إليه؛ لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائماً حكماً، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل، ومن شرط ثبوت الخلافة إعدام الأصل.

قوله: وَعِنْدَ المَوْتِ كَانَتْ لَهُ - أي: عند موت الموصي كانت للوصي - **وِلَايَةٌ فِي التَّرِكَتَيْنِ**، أي: في تركة نفسه وتركة موصيه، أي: في حال حياة الوصي الأول كان له ولاية فيهما، ففي ماله باعتبار أنه ملكه، وفي مال موصيه باعتبار الوصاية إليه، فكذا الوصية، فكانت تسمية التركة لمال الوصي الأول وهو حي بعد باعتبار ما يؤول إليه أمره.

قوله: فَلَا يَرْضَى بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ وَالإِيصَاءِ إِلَيْهِ، أي: لا يرضى الموكل بتوكيل الوكيل غيره، ولا بإيصاء الوكيل إلى غيره.

قَالَ: (وَمُقَاسَمَةُ الوَصِيِّ المُوصَى لَهُ عَنِ الوَرَثَةِ جَائِزَةٌ، وَمُقَاسَمَةُ الوَرَثَةِ

قوله: وَمُقَاسَمَةُ الوَصِيِّ المُوصَى لَهُ عَنِ الوَرَثَةِ جَائِزَةٌ وَمُقَاسَمَةُ الوَرَثَةِ عَنِ المُوصَى لَهُ بَاطِلَةٌ، يعني: (قسمت كردن وصى مر تركه را با مُوصَى له از براى ورثهٔ صغار، يا از براى ورثهٔ كبار غائب جائز است، وقسمت كردن وصى با ورثه از براى مُوصَى له غائب يا حاضر باطل است).

اعلم أن فائدة الجواز والبطلان إنما تظهر في حق الرجوع على من وقع حقه في يده، وعدم الرجوع عليه، حتى أن مقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة لمَّا جازت لم يرجع الورثة على الموصى له عند هلاك حصتهم في يد الوصي، ومقاسمة الورثة عن الموصى له لمَّا لم يجز كان للموصى له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم إذا هلك حصته في يد الوصي، فكان معنى (عن) في قوله: عَنِ الوَرَثَةِ، أي: نائبًا عن الورثة، وكذلك في قوله: عَنِ المُوصَى لَهُ، أي: نائبًا عن الموصى له.

صورته: أن رجلًا لو أوصى إلى رجل، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله، وله ورثة صغار أو كبار غيب، فقاسم الوصي الموصى له وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة، فالقسمة نافذة على الورثة، حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشيء؛ لأن ولايته نافذة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار، والموصى له خصم، والقسمة تصح بين الخصمين فنفذت القسمة.

وأمَّا في عكسه، وهو أن يكون الوارث كبيرًا حاضرًا وصاحب الوصية غائبًا، فقاسم الوصي مع الوارث، فأعطى الوصي الوارث حقه وأمسك الثلث للموصى له، لم تنفذ القسمة على الموصى له، حتى لو هلك ما في يده كان للموصى له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم؛ لأنه لا ولاية للوصي عليه، إلى هذا أشار في «الإيضاح» وغيره.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله محيلًا إلى «مبسوط شيخ الإسلام»: أن مقاسمة الوصي الموصى له على الورثة جائزة في العروض والعقار جميعًا، إذا كانت الورثة صغارًا كلهم، حتى لو هلك نصيب الورثة لم يكن لهم الرجوع بشيء على الموصى له؛ لأن للوصي

عَنِ المُوصَى لَهُ بَاطِلَةٌ)؛ لِأَنَّ الوَارِثَ خَلِيفَةُ المَيِّتِ حَتَّى يَرُدَّ بِالعَيْبِ وَيُرَدَّ عَلَيْهِ بِهِ وَيَصِيرَ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ وَالوَصِيُّ خَلِيفَةُ المَيِّتِ أَيْضًا فَيَكُونُ خَصْمًا عَنِ الوَارِثِ إِذَا كَانَ غَائِبًا فَصَحَّتْ قِسْمَتُهُ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ حَضَرَ وَقَدْ هَلَكَ مَا فِي يَدِ الوَصِيِّ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ المُوصَى لَهُ، أَمَّا المُوصَى لَهُ فَلَيْسَ بِخَلِيفَةٍ عَنِ المَيِّتِ

ولاية على الورثة، ألا ترى أن له بيع نصيب الصغار من العقار والمنقول جميعـًا، أمَّا لو كانت الورثة كبارًا فليس للوصي ولاية البيع على الكبير الغائب في العقار، وله ولاية بيع المنقول عليه فكذا القسمة؛ إذ القسمة نوع بيع فلذلك قلنا: إذا كانت الورثة كبارًا غيبـًا كانت مقاسمة الوصي الموصى له على الورثة جائزة في العروض دون العقار.

وأمَّا مقاسمته مع الورثة على الموصى له باطلة في العقار والعروض جميعا، سواء كان الموصى له صغيرًا أو كبيرًا، حاضرًا أو غائبـًا، حتى إذا هلكت حصة الموصى له في يد الوصي وبقيت حصة الورثة، كان للموصى له أن يرجع بثلث ما بقي في يد الورثة إن كان قائمـًا في أيديهم.

قوله: لِأَنَّ الوَارِثَ خَلِيفَةُ المَيِّتِ حَتَّى يَرُدَّ بِالعَيْبِ وَيُرَدَّ عَلَيْهِ بِهِ، كالميت لو كان حيًّا، يعني: لمَّا كان الوارث قائمـًا مقام الميت وهو كبير غائب أو صغير، وهو حاضر أو غائب، والوصي أيضـًا قائم مقام الميت يصح أن يكون الوصي قائما مقام الوارث عند عجز الوارث عن المقاسمة، وهو فيما إذا كان صغيرًا أو غائبـًا، ولمَّا قام الوصي مقام الوارث في تمييز ملك الميت عن الوصية كانت مقاسمة الموصى له مع الوصي بمنزلة مقاسمته مع الوارث، فصحت كما تصح مع الوارث، ولمَّا صحت المقاسمة صار هلاك نصيب الوارث في يد الوصي بعد القسمة كهلاكه بعد قسمة الوارث بنفسه مع الموصى له، فلا يرجع الوارث على أحدٍ.

وأمَّا الموصى له لمَّا لم يكن خليفة الميت بل يحصل له ملك مبتدأً، ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه، فلم يكن الموصى له قائمـًا مقام الميت، والوصي قائم مقام الميت فلا ينوب الوصي عن الموصى له حال غيبته، فلذلك لم تصح مقاسمة الوصي مع الورثة لأجل

مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ، وَلِهَذَا لا يُرَدُّ بِالعَيْبِ وَلا يُرَدُّ عَلَيْهِ، وَلا يَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُوصِي فَلَا يَكُونُ الوَصِيُّ خَلِيفَةً عَنْهُ عِنْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ مَا أَفْرَزَ لَهُ عِنْدَ الوَصِيِّ كَانَ لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ لَمْ تَنْفُذْ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ الوَصِيَّ لا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ، وَلَهُ وِلَايَةُ الحِفْظِ فِي التَّرِكَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ بَعْضُ التَّرِكَةِ قَبْلَ القِسْمَةِ فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُ البَاقِي؛ لِأَنَّ المُوصَى لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ

الموصى له، حتى لو قاسم وهلك ما أفرزه الموصي في يد الوصي من نصيب الموصى له، كان له ثلث ما بقي في يد الورثة، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

فإن قلتَ: لمَّا لم تصح مقاسمة الوصي مع الورثة نائباً عن الموصى له، كان ينبغي أن يضمن الوصي عند الهلاك للموصى له؛ لأنه تصرف في نصيبه بالمقاسمة وليس له ولاية ذلك التصرف شرعاً، وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع، فيضمن كما لو تعدى على المال واستهلكه.

قلتُ: الأمر لا يخلو: إمَّا أن هلك ما في يد الوصي الذي هو نصيب الموصى له، أو هلك ما في أيدي الورثة، فإن هلك ما في يد الوصي لم يضمن؛ لأن الوصي أمين فيه كما كان أميناً فيه قبل المقاسمة، ولم يفعل في نصيب الموصى له شيئاً سوى أنه أفرز نصيبه من نصيب الورثة وأمسك في يده كما كان يمسكه قبل الإفراز، والإفراز للحفظ ليس بتعدٍّ فلا يضمن، فكان هلاك نصيبه بعد الإفراز بمنزلة هلاك قدر نصيبه قبل الإفراز، ولو هلك قدر نصيبه قبل الإفراز كان ينتقل قدر نصيبه إلى ما بقي من المال، فكذلك هاهُنا انتقل قدر نصيبه إلى ما أعطى الورثة، ثم إن كان ما أعطاهم باقياً في أيديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه، وهو ثلث ما أعطاهم، وإن كان هالكاً كان الموصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصي إلى الورثة، إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع، فإن لم يكن دفع حصة الورثة إليهم، حتى لو هلك الكل في يد الوصي لم يكن للموصى له أن يضمن الوصي شيئاً لبقاء حكم الأمانة في المال، فكذا في هلاك قدر نصيبه، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي رحمه الله.

فَيَتْوَى مَا تَوِيَ مِنَ المَالِ المُشْتَرَكِ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبْقَى مَا بَقِيَ عَلَى الشَّرِكَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ قَاسَمَ الوَرَثَةَ وَأَخَذَ نَصِيبَ المُوصَى لَهُ فَضَاعَ رَجَعَ المُوصَى لَهُ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ المَيِّتُ أَوْصَى بِحَجَّةٍ فَقَاسَمَ فِي الوَرَثَةِ فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ حَجَّ عَنِ المَيِّتِ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ إِنْ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ لِيَحُجَّ عَنْهُ فَضَاعَ فِي يَدِهِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ مُسْتَغْرِقًا لِلثُّلُثِ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، وَإِلَّا يَرْجِعُ بِتَمَامِ الثُّلُثِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ لِأَنَّ القِسْمَةَ حَقُّ المُوصِي، وَلَوْ أَفْرَزَ المُوصِي بِنَفْسِهِ مَالًا لِيَحُجَّ عَنْهُ فَهَلَكَ لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ، فَكَذَا إِذَا أَفْرَزَهُ وَصِيُّهُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ.

قوله: رَجَعَ المُوصَى لَهُ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ؛ لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله: لِأَنَّ المُوصَى لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ.

قوله: وَإِنْ كَانَ المَيِّتُ أَوْصَى بِحَجَّةٍ فَقَاسَمَ فِي الوَرَثَةِ - أي: قاسم الوصي الورثة - فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ - أي: ما في يد الحاج، فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما - حَجَّ عَنِ المَيِّتِ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ، وهو الذي أفرزه الوصي للورثة.

صورته ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله في مناسك «الجامع الصغير» فقال: مثاله إذا ماتَ الرجل وترك أربعة آلاف درهم وأوصى بأن يحج عنه، وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصي ألفاً ودفعها إلى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق، في قول أبي حنيفة رحمه الله يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم، فإن سرقت ثانياً يُؤخذ ثلث ما بقي مرّة أخرى، هكذا، وعند أبي يوسف رحمه الله يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثون وثلث، فإن سرقت ثانياً لا يؤخذ مرّة أخرى، وفي قول محمدٍ رحمه الله إذا سرقت الألف الأولى بطلت الوصية ولا يؤخذ منه مرّة أخرى، سواء بقي من الثلث الأول شيء أو لم يبق.

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَحَلَّ الوَصِيَّةِ الثُّلُثُ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا بَقِيَ مَحَلُّهَا، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ بَطَلَتْ لِفَوَاتِ مَحَلِّهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ القِسْمَةَ لا تُرَادُ لِذَاتِهَا بَلْ لِمَقْصُودِهَا وَهُوَ تَأْدِيَةُ الحَجِّ فَلَمْ تُعْتَبَرْ دُونَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ القِسْمَةِ فَيَحُجُّ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ؛ وَلِأَنَّ تَمَامَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الجِهَةِ المُسَمَّاةِ، إِذْ لا قَابِضَ لَهَا، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ إِلَى ذَلِكَ الوَجْهِ لَمْ يَتِمَّ فَصَارَ كَهَلَاكِهِ قَبْلَهَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَدَفَعَهَا الوَرَثَةُ إِلَى القَاضِي فَقَسَمَهَا وَالمُوصَى لَهُ غَائِبٌ فَقِسْمَتُهُ جَائِزَةٌ)؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ، وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ المُوصَى لَهُ قَبْلَ

قوله: وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ مَحَلَّ الوَصِيَّةِ الثُّلُثُ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا بَقِيَ مَحَلُّهَا، وإن لم يبق شيء بطلت؛ لأنه لو لم يبطل مع هذا أدى ذلك إلى إفناء المال على الورثة.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن ما هلك هلك قبل تنفيذ الوصية، وحق الوارث ما يبقى بعد تنفيذ الوصية فما هلك يجعل كأن لم يكن، ألا ترى أنه لو أوصى بثلث ماله لرجل فبعثوا به إلى الموصى له فهلك في الطريق، أو سرقت قبل أن يصل إليه، يعطى له ثلث ما بقي ويجعل الأول كأن لم يكن، وما قال فإن فيه إفناء المال على الورثة، فجوابه ما قلنا أن حق الوارث ما يبقى بعد تنفيذ الوصية.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَدَفَعَهَا - أي: فدفع الألف - الوَرَثَةُ إِلَى القَاضِي فَقَسَمَهَا وَالمُوصَى لَهُ غَائِبٌ فَقِسْمَتُهُ - أي: فقسمة القاضي - جَائِزَةٌ، بخلاف قسمة الوصي مع الورثة حال غيبة الموصى له فإنَّها باطلة على ما مرَّ، وفائدة الجواز هي ما ذكرنا أن ما في يد القاضي لو هلك ثم حضر الغائب لا يرجع على الورثة بشيء.

ثم الفرق بين القاضي والوصي هو أن للقاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه، ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التَّوى والتلف، فكانت قسمة القاضي كقسمة الموصى له؛ لما أن القاضي نصب ناظرًا للمسلمين ولمن يعجز عن تنفيذ أمره، وفي قسمته ذلك، بخلاف

الْقَبُولِ تَصِيرُ الْوَصِيَّةُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ وَالْقَاضِي نُصِبَ نَاظِرًا لا سِيَّمَا فِي حَقِّ الْمَوْتَى وَالْغُيَّبِ، وَمِنَ النَّظَرِ إِفْرَازُ نَصِيبِ الْغَائِبِ وَقَبْضِهِ فَنَفَذَ ذَلِكَ وَصَحَّ، حَتَّى لَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ وَقَدْ هَلَكَ الْمَقْبُوضُ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الْوَرَثَةِ سَبِيلٌ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ الْوَصِيُّ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ فَهُوَ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوصِي، وَلَوْ تَوَلَّى حَيًّا بِنَفْسِهِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ وَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ فَكَذَا إِذَا تَوَلَّاهُ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ؛ وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ

الوصي؛ لأنه لا ولاية له على الموصى له، وبهذا لا يملك بيع شيءٍ من ماله فلا تنفذ قسمته عليه، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: أن هذا الذي ذكره من الجواب وهو جواز مقاسمة القاضي مع الورثة، وإمساك نصيب الموصى له، فيما إذا كانت التركة ممَّا يكال ويوزن؛ لأن القسمة فيما يكال أو يوزن تمييز وليست بمبادلة، حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاءٍ ولارضاءٍ، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحةً على ما قام عليه من الثمن، فأمَّا فيما لا يكال ولا يوزن لا يجوز؛ لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة.

قوله: وَإِذَا بَاعَ الْوَصِيُّ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ فَهُوَ جَائِزٌ، وإنما ذكر هذه المسألة للفرق بينها وبين ما إذا باع المولى، أو وصيه عبده المأذون المديون بغير محضر من غرماء العبد فإن ذلك لا يجوز؛ لأن لغريم العبد هناك حقًّا في استبقاء العبد، وبعد البيع لا يبقى فكان البيع مبطلًا حق الغرماء فلا ينفذ بغير إجازتهم، وأمَّا هاهُنا فليس لغريم المولى حق في استبقاء العبد، إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلًا حق الغريم بل محققًا له؛ لأن حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد، وبالبيع يحصل ذلك.

قوله: وَلَوْ تَوَلَّى حَيًّا بِنَفْسِهِ - أي: لو باع الموصي المديون بنفسه حال حياته كان - **يَجُوزُ بَيْعُهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ، وَإِنْ كَانَ** مريضًا، أي: إذا باعه بمثل القيمة، فكذا لو باعه

مُتَعَلِّقٌ بِالمَالِيَّةِ لا بِالصُّورَةِ وَالبَيْعُ لا يُبْطِلُ المَالِيَّةَ لِفَوَاتِهَا إِلَى خَلَفٍ وَهُوَ الثَّمَنُ. بِخِلَافِ العَبْدِ المَدْيُونِ؛ لِأَنَّ لِلْغُرَمَاءِ حَقَّ الِاسْتِسْعَاءِ وَأَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ عَبْدُهُ وَيَتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ عَلَى المَسَاكِينِ فَبَاعَهُ الوَصِيُّ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَضَاعَ فِي يَدِهِ فَاسْتَحَقَّ العَبْدُ ضَمِنَ الوَصِيُّ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ فَتَكُونُ العُهْدَةُ عَلَيْهِ، وَهَذِهِ عُهْدَةٌ؛ لِأَنَّ المُشْتَرِيَ مِنْهُ مَا رَضِيَ بِبَذْلِ الثَّمَنِ إِلَّا لِيُسَلَّمَ لَهُ المَبِيعَ وَلَمْ يُسَلَّمْ فَقَدْ أَخَذَ الوَصِيُّ البَائِعُ مَالَ الغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهُ.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ فِيمَا تَرَكَ المَيِّتُ)؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ كَالوَكِيلِ. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ أَوَّلًا: لا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِقَبْضِهِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرْنَا وَيَرْجِعُ فِي جَمِيعِ التَّرِكَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِحُكْمِ الوَصِيَّةِ فَأَخَذَ حُكْمَهَا، وَمَحَلُّ الوَصِيَّةِ الثُّلُثُ.

من قام مقامه بغير محضر من الغرماء يجوز.

قوله: فَقَدْ أَخَذَ الوَصِيُّ البَائِعُ مَالَ الغَيْرِ - وهو المشتري - بِغَيْرِ رِضَاهُ، أي: بغير رضاء ذلك الغير؛ لأن رضاء المشتري بأخذ الوصي الثمن إنما كان عند سلامة المبيع للمشتري، ولم يسلم فلا يكون راضياً عند عدم السلامة، فيجب على الوصي رد ما أخذ لذلك.

وقال الإمام قاضي خان رحمه الله: أمَّا ضمان الوصي؛ لأنه لمَّا استحق العبد ظهر أنه قبض الثمن بغير حق، فكان عليه رده ويرجع في تركة الميت.

قوله: وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: لا يَرْجِعُ، أي: لا يرجع الوصي على أحدٍ؛ لأنه تبيَّن بطلان الوصية باستحقاق الغلام، ولم يكن عاملًا للورثة فلا يرجع عليهم بشيءٍ، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِحُكْمِ الوَصِيَّةِ؛ لأن البيع كان لتنفيذ الوصية، فكان حكمه حكم

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الغُرُورِ وَذَلِكَ دَيْنٌ عَلَيْهِ وَالدَّيْنُ يُقْضَى مِنْ جَمِيعِ التَّرِكَةِ، بِخِلَافِ القَاضِي أَوْ أَمِينِهِ إِذَا تَوَلَّى البَيْعَ حَيْثُ لا عُهْدَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ فِي إِلْزَامِهَا القَاضِيَ تَعْطِيلُ القَضَاءِ، إِذْ يَتَحَامَى عَنْ تَقَلُّدِ هَذِهِ الأَمَانَةِ حَذَرًا عَنْ لُزُومِ الغَرَامَةِ فَتَتَعَطَّلُ مَصْلَحَةُ العَامَّةِ وَأَمِينُهُ سَفِيرٌ عَنْهُ كَالرَّسُولِ، وَلا كَذَلِكَ الوَصِيُّ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ القَضَاءِ، فَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ قَدْ هَلَكَتْ

الوصية والوصية تنفذ من الثلث.

قوله: وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الغُرُورِ، أي: أن الوصي يرجع على الميت - أي: على تركته - بحكم أن الميت غره بقوله: إن هذا ملكي؛ لأنه لمَّا أمره ببيع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين، كان قائلًا أن هذا العبد ملكي، فكان الوصي مغرورًا من جهته، وكان ذلك الضمان دينًا على الميت والدين يقضى من جميع التركة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: وإن هلكت التركة لا يرجع على أحد لا على الورثة ولا على المساكين، إن كان قد تصدق على المساكين بالثمن؛ لأن البيع لم يقع إلا للميت.

وذكر أيضًا فيها محالًا إلى «المنتقى»: إذا أوصى الرجل إلى رجل وأمره أن يبيع عبده هذا ويتصدق بثمنه على المساكين، ففعل الوصي ذلك ثم استحق العبد من يد المشتري ورجع المشتري على الوصي بالثمن، لم يرجع الوصي في مال الميت بشيء، وإنما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن، والقياس هكذا يقتضي؛ لأن غنم تصرف الوصي يعود إلى المساكين فغرمه يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية «الجامع الصغير».

ووجه رواية «الجامع الصغير» أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب، والفقير تبع له.

قوله: وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ القَضَاءِ، أي: في آخر فصل القضاء بالمواريث من فصول

أَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا وَفَاءٌ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ كَمَا إِذَا كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ آخَرُ.

قَالَ: (وَإِنْ قَسَمَ الوَصِيُّ المِيرَاثَ فَأَصَابَ صَغِيرًا مِنَ الوَرَثَةِ عَبْدٌ فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَهَلَكَ وَاسْتَحَقَّ العَبْدَ رَجَعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، وَيَرْجِعُ الصَّغِيرُ عَلَى الوَرَثَةِ بِحِصَّتِهِ لِانْتِقَاضِ القِسْمَةِ بِاسْتِحْقَاقِ مَا أَصَابَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا احْتَالَ الوَصِيُّ بِمَالِ اليَتِيمِ فَإِنْ كَانَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ جَازَ) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَمْلَأَ، إِذِ الوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ أَمْلَأَ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَضْيِيعَ مَالِ اليَتِيمِ

كتاب أدب القاضي بقوله: وَإِذَا بَاعَ القَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ، إلى آخره.

قوله: رَجَعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، هذا إذا باع للصغير بأمر القاضي أو بغير أمره، فإن باعه للغرماء بأمر القاضي وقبض الثمن وهلك في يده ثم استحق العبد رجع المشتري على الوصي بالثمن؛ لما ذكر أنه لم يرض بخروج الثمن عن ملكه إلا عند سلامة المبيع له ولم يسلم، ثم الوصي يرجع على الغرماء؛ لأنه باع لأجلهم فكان عاملًا لهم، وإن باعه بأمر الغريم لا بأمر القاضي فكذلك؛ لأنه يحق عليه البيع عند طلب الغريم كما يحق عند أمر القاضي، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَإِذَا احْتَالَ الوَصِيُّ، أي: إذا صار الوصي محتالًا له في قبض الدين الذي كان لليتيم على آخر.

قوله: فَإِنْ كَانَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ جَازَ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَمْلَأَ، أي: وهو أن يكون الثاني وهو المحتال عليه أقدر على أداء الدين من المحيل الذي هو المديون الأول، جاز قبول الحوالة للوصي، وإن كان الثاني أفلس لا يجوز، وإن كانا سواءً ذكر أنه لا يجوز، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: وإن كان الثاني مثل الأول في الملأة فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، وأشار في الكتاب إلى أنه لا يجوز.

عَلَى بَعْضِ الوُجُوهِ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الوَصِيِّ وَلا شِرَاؤُهُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ)؛

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين البيع، فإنه لو باع مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبي جاز على ما ذكر بعيد هذا في الكتاب، وهاهُنا لو قبل الحوالة على الثاني الذي هو مثل الأول في الملاَة لا يجوز.

قلتُ: الفرق هو أن البيع معاوضة من كل وجهٍ، والوصي يملك الاعتياض بمال اليتيم إذا لم يكن فيه غبن فاحش، فأمَّا الحوالة فليست بمعاوضة من كل وجه، حتى تجوز الحوالة بالمسلم فيه وبرأس مال المسلم، ولو كانت مبادلة من كل وجه كان استبدالًا بالمسلم فيه وبرأس المال بالحوالة وذلك لا يصح، وإذا لم تكن مبادلة من كل وجه كانت بمنزلة الهبة بشرط العوض، والوصي لا يملك الهبة من مال اليتيم بشرط العوض عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأمَّا عند أبي يوسف رحمه الله فيملكه، فيجب أن يكون هذا على ذلك أيضـًا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الوَصِيِّ وَلا شِرَاؤُهُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ، وكذلك الأب؛ لأن الولاية تثبت بطريق النظر والنظر فيما لم يكن فيه غبن، لكن اليسير من الغبن إنما يتحمل لتعذر الاحتراز عنه، هذا إذا باع مال الصغير من أجنبيٍّ أو اشترى له من أجنبيٍّ.

وأمَّا إذا اشترى الوصيُّ شيئـًا من مال اليتيم لنفسه، أو باع شيئـًا من ماله للصغير جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة، وتفسيره أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير، أو يشتري ما يساوي عشرة لنفسه بخمسة عشر فصاعدًا، وأمَّا إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم لا يجوز.

وعلى قول محمد وأظهر الروايات عن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز على كل حال.

وجنس هذه المسائل ثلاث: إحداها في الأب، والثانية في الوكيل، والثالثة في الوصي.

فأمَّا الأب فله أن يشتري لنفسه شيئـًا من تركة الميت إذا لم يكن فيه ضرر للصغير بأن

لِأَنَّهُ لا نَظَرَ فِي الغَبْنِ الفَاحِشِ، بِخِلَافِ اليَسِيرِ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، فَفِي اعْتِبَارِهِ انْسِدَادِ بَابِهِ.

كان بمثل القيمة، وليس للوكيل بالبيع أن يشتري لنفسه.

وأمَّا في الوصي إذا لم يكن فيه خير لليتيم لا يجوز، وإذا كان خيرًا له فيجوز، وقد ذكرنا تفسير الخيرية.

هذا إذا كان الوصي وصيُّ الأب، وإن كان الوصي وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه في الأحوال كلها؛ لأنه وكيل والوكيل بالبيع لو باع من نفسه لا يجوز بالإجماع.

ثم الفرق بين الأب والوصي، فإن الأب لو باع مال الصغير من نفسه بمثل القيمة أو بغبن يسير يجوز، بخلاف الوصي على ما ذكرنا؛ لأن الأب وافر الشفقة في حق ولده فلا يقصر في أموره ظاهرًا، هذا كله فيما إذا باع مال الصغير وهو منقول.

وأمَّا إذا باع الوصي ضيعة أو عقارًا للصغير من أجنبي بمثل القيمة يجوز، هذا جواب السلف، أما جواب المتأخرين أنه إنما يجوز بأحد شروط ثلاثة: إمَّا بأن يرغب المشتري فيها بضعف قيمتها، أو للصغير حاجة إلى ثمنها، أو بأن يكون على الميت دين لا وفاء له إلا بها، قال الصدر الشهيد رحمه الله: وبه نفتي.

وأمَّا الأب إذا باع ضيعة أو عقارًا لابنه الصغير بمثل القيمة، فإن كان الأب محمودًا عند الناس أومستورًا يجوز، حتى لو كبر الابن لم يكن له أن ينقض البيع، وإن كان فاسقًا لا يجوز، حتى لو كبر الابن كان له أن ينقضه، قال الصدر الشهيد رحمه الله: هو المختار، كذا ذكر في «أدب القاضي» للصدر الشهيد في باب ما لا يجوز فعل الوصي، و«الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي.

قوله: لِأَنَّهُ لا نَظَرَ فِي الغَبْنِ الفَاحِشِ، بِخِلَافِ اليَسِيرِ، وأصح ما قيل في الفرق بين الغبن الفاحش واليسير أن ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو غبنٌ يسيرٌ، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو غبنٌ فاحشٌ.

وَالصَّبِيُّ المَأْذُونُ وَالعَبْدُ المَأْذُونُ وَالمُكَاتَبُ يَجُوزُ بَيْعُهُمْ وَشِرَاؤُهُمْ بِالغَبْنِ الفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفُونَ بِحُكْمِ المَالِكِيَّةِ، وَالإِذْنُ فَكُّ الحَجْرِ، بِخِلَافِ الوَصِيِّ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ النِّيَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ نَظَرًا فَيَتَقَيَّدُ بِمَوْضِعِ النَّظَرِ.

قوله: وَالصَّبِيُّ المَأْذُونُ وَالعَبْدُ المَأْذُونُ وَالمُكَاتَبُ يَجُوزُ بَيْعُهُمْ وَشِرَاؤُهُمْ بِالغَبْنِ الفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وعندهما لا يجوز إلا بما يتغابن الناس فيه.

من المشايخ من قال: هذه المسألة بناءٌ على مسألة الوكيل بالبيع المطلق أو المضارب، وشريك العنان والمفاوض، حيث يملكون البيع بما عزَّ وهانَ عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يملكون إلا بما يتغابن الناس فيه، فهذا مثله، ومنهم من تكلم في المسألة ابتداءً.

قوله: لِأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفُونَ بِحُكْمِ المَالِكِيَّةِ، أي: يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى؛ لأن الإذن فك الحجر، ولأنه أذن لهم في التجارة، والتاجر يحتاج إلى المساهلة، وتحمل الغبن في بعض التصرفات لاستجلاب قلوب المجاهرين، فكان ذلك من توابع التجارة، بخلاف الهبة، وبخلاف الأب والوصي؛ لأنَّهما يتصرفان بشرط الأصلح والأحسن، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: جنس هذه المسألة عند أبي حنيفة رحمه الله على ثلاثة أوجه:

(١) في وجه لا يجوز البيع والشراء إلا بغبن يسير، وهو البيع والشراء من الأب، والجد، والوصي، والقاضي، إذا باع مال اليتيم، أو مال بيت المال.

(٢) وفي وجه يجوز البيع والشراء بغبن فاحش أو يسير، وهو الشراء والبيع من المأذون والمكاتب.

(٣) وفي وجه يجوز البيع بغبن يسير وفاحش، ولا يجوز الشراء إلا بغبن يسير، وهو البيع والشراء من الوكيل، والمضارب، والشريك، فلكل واحد من هؤلاء أن يبيع بغبن

وَعِنْدَهُمَا لا يَمْلِكُونَهُ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ بِالفَاحِشِ مِنْهُ تَبَرُّعٌ لا ضَرُورَةَ فِيهِ وَهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِهِ (وَإِذَا كَتَبَ كِتَابَ الشِّرَاءِ عَلَى وَصِيٍّ كَتَبَ كِتَابَ الوَصِيَّةِ عَلَى حِدَةٍ وَكِتَابَ الشِّرَاءِ عَلَى حِدَةٍ)؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْوَطُ، وَلَوْ كَتَبَ جُمْلَةً عَسَى أَنْ يَكْتُبَ الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ فِي آخِرِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ فَيَصِيرُ ذَلِكَ حَمْلًا لَهُ عَلَى الكَذِبِ.

ثُمَّ قِيلَ: يَكْتُبُ اشْتَرَى مِنْ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ وَلا يَكْتُبُ مِنْ فُلَانٍ وَصِيِّ فُلَانٍ لِمَا بَيَّنَّا.

وَقِيلَ لا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الوِصَايَةَ تُعْلَمُ ظَاهِرًا.

قَالَ: (وَبَيْعُ الوَصِيِّ عَلَى الكَبِيرِ الغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي العَقَارِ)؛ لِأَنَّ

فاحش، ولا يشتري إلا بغبن يسير، ثم قال: وبه نأخذ.

قوله: وَعِنْدَهُمَا لا يَمْلِكُونَهُ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ بِالفَاحِشِ مِنْهُ تَبَرُّعٌ، كالهبة حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثلث، وهما لا يملكان الهبة، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والمحبوبي.

وقوله: وَلَوْ كَتَبَ جُمْلَةً، إلى آخره، بيان وجه الاحتياط، بدليل ما ذكره الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير» بعد ما ذكر لفظ الاحتياط وقال: لأنه لو كتب كتابًا واحدًا وجمع بين الوصية والشراء، ويشهد فيه من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية، فعند أداء الشهادة عسى يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زور، فكان الاحتياط أن يكتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة، يكتب في أول البياض صك الوصية ويشهد على ذلك، ثم يكتب في آخره صك الشراء منه ويشهد، وكذلك في الوكيل.

قوله: وَلا يَكْتُبُ مِنْ فُلَانٍ وَصِيِّ فُلَانٍ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْوَطُ، إلى آخره، لأنه لو كتب اشترى من فلان وصي فلان جاز أن يتحمل هذا الشاهد تلك الشهادة، وهو الشاهد الذي حضر شراءه ولم يحضر وصايته، ومع ذلك لو شهد بقوله وصي فلان كانت شهادته شهادة الزور في حق الوصاية، فكان الأحوط ما ذكرنا من رواية «الجامع الصغير» لقاضيخان.

قوله: وَبَيْعُ الوَصِيِّ عَلَى الكَبِيرِ الغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي العَقَارِ، وإنما استثنى

الأَبَ يَلِي مَا سِوَاهُ وَلا يَلِيهِ، فَكَذَا وَصِيُّهُ فِيهِ. وَكَانَ القِيَاسُ أَنْ لا يَمْلِكَ الوَصِيُّ غَيْرَ العَقَارِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُهُ الأَبُ عَلَى الكَبِيرِ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَاهُ لِمَا أَنَّهُ حُفِظَ لِتَسَارُعِ الفَسَادِ إِلَيْهِ، وَحِفْظُ الثَّمَنِ أَيْسَرُ وَهُوَ يَمْلِكُ الحِفْظَ، أَمَّا العَقَارُ فَمُحَصَنٌ بِنَفْسِهِ.

العقار في حق البيع على الكبير؛ لما أن الوصي يملك بيع العقار على الصغير في جواب السلف مطلقًا، وفي جواب المتأخرين مقيدًا بأحد الأمور الثلاثة على ما ذكره في «الذخيرة» فقال:

والأصل فيه أن الوصي إذا باع التركة فهذا على ثلاثة أوجه: إمَّا أن يكون الورثة صغارًا كلهم، أو كبارًا، أو صغارًا وكبارًا، فإن كانت الورثة صغارًا كلهم فإن الوصي يبيع كل شيء من تركة الميت ضياعًا كان، أو عروضًا، أو عقارًا، سواء كانوا حضورًا أو غيبًا، وسواء كان على الميت دين أو لم يكن، لكن إنما يبيع بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس في مثله.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا الذي ذكره بأن الوصي يبيع عقار الميت ذلك جواب السلف، فأمَّا المتأخرون قالوا: إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار، أو يكون للصغير حاجة إلى ثمن العقار، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة.

وإذا كانت الورثة كبارًا كلهم فهو على وجهين:

الأول: أن يكونوا حضورًا، فإن لم يكن على الميت دين لا يملك التصرف في التركة أصلًا، ولكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة، وإن كان على الميت دين فإن كان الدين محيطًا بالتركة أجمعوا على أنه يبيع كل التركة بقدر الدين.

وأمَّا فيما زاد على الدين اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة رحمه الله: يبيع، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يبيع.

وإذا لم يكن على الميت دين ولكن الميت أوصى بوصايا، فإن كانت الوصية في الثلث أو فيما دون الثلث أنفذها، وإن كانت التركة أكثر من ذلك أنفذ بمقدار الثلث وما بقي فهو للورثة، ولو أراد أن يبيع شيئًا من التركة لتنفيذ الوصية أجمعوا أنه يبيع بقدر الوصية،

قَالَ: (وَلَا يَتَّجِرُ فِي المَالِ)؛ لِأَنَّ المُفَوَّضَ إِلَيْهِ الحِفْظُ دُونَ التِّجَارَةِ.

وأمَّا فيما زاد اختلفوا على الوجه الذي اختلفوا في قضاء الدين، وهذا إذا لم تقض الورثة الدين ولم ينفذوا الوصية من خالص ملكهم، فأمَّا إذا قضوا ونفذوا لم يبق للوصي ولاية بيع التركة أصلًا.

والوجه الثاني: إذا كانوا أغنياء فإن لم يكن في التركة دين ولا وصية فإنه يبيع المنقولات؛ لأن بيع المنقولات من جملة الحفظ، ولا يبيع العقار؛ لأنه لو باعه باعه لأجل الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ.

ولو خيف هلاك بناء العقار هل يملك بيعه؟ اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يملك استدلالًا بالمنقول، وقال بعضهم: لا يملك وهو الأصح؛ لأن الدار لا يهلك غالبًا فيبتنى الحكم عليه لا على النادر، فإن كانت التركة مشغولة بالدين فإن كان الدين مستغرقًا فله أن يبيع العقار والمنقول جميعًا؛ لأنه لا يمكنه قضاء الدين إلا بالبيع فصار مأمورًا بالبيع من جهة الموصي، وإن كان الدين غير مستغرق يبيع بقدر الدين من العقار والمنقول.

وهل يبيع الزيادة؟ إن كان منقولًا فله البيع، وإن كان عقارًا فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يبيع.

وإن كانت الورثة بعضهم كبارًا وبعضهم صغارًا فهو على وجهين أيضًا:

الأول: أن يكون الكبار غيبًا، فإن كانت التركة خالية عن الدين وعن الوصية فللوصي بيع المنقول بالإجماع، وله بيع حصة الصغار من العقار، وهل يبيع حصة الكبار؟ فعلى الخلاف الذي مرَّ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين أو الوصية، إن كان الدين مستغرقا يبيع العقار والمنقول جميعًا، وإن كان غير مستغرق فإنه يبيع بقدر الدين من العقار والمنقول بالإجماع.

وهل يبيع الزيادة على ذلك؟ فالمسألة على الخلاف.

وإن كان الكبار حضورًا، فإن كانت التركة خالية عن الدين فإنه يبيع حصة الصغار من العقار بالإجماع.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَصِيُّ الأَخِ فِي الصَّغِيرِ وَالكَبِيرِ الغَائِبِ بِمَنْزِلَةِ وَصِيِّ

وهل يبيع حصة الكبار؟ فالمسألة على الخلاف، وإن كانت التركة مشغولة بالدين فإن كان الدين مستغرقـًا فإنه يبيع الكل، وإن كان الدين غير مستغرق يبيع بقدر الدين.

وهل يبيع الزيادة؟ فالمسألة على الخلاف.

والأصل عندهما أن الولاية تتقدر بقدر سببها، وسبب الولاية للوصي عجز الوارث عن التصرف، وعن الحفظ بنفسه، والصغير عاجز عن التصرف والحفظ بنفسه، والكبير إذا كان حاضرًا قادرًا على التصرف والحفظ بنفسه فلا حاجة إلى إثبات الولاية للوصي؛ وإن كان غائبـًا فهو قادر على التصرف من حيث هو عاجز عن الحفظ من حيث هو، وبيع المنقول من جملة الحفظ؛ لأنه يخشى عليه التوى والتلف، فيثبت له ولاية بيع منقول الغائب من حيث أنه حفظ.

أمَّا العقار فمحصنة بنفسها فلم يكن بيعها من جملة الحفظ، وإنما يكون بيعها من حيث التصرف، وليس للوصي ولاية التصرف في مال الكبير وإن كان غائبـًا.

والأصل عند أبي حنيفة رضي الله عنه أنه متى ثبت للوصي ولاية بيع بعض التركة، يثبت له ولاية بيع الباقي، فإن الوصي كما يملك بيع نصيب الصغير من المنقول يملك بيع نصيب الكبير الغائب، إلى آخره، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر هذا الاختلاف فقال: وأبو حنيفة رحمه الله استحسن فقال: لمَّا ثبت له الولاية في بيع البعض ثبت في الكل؛ لأن الولاية بسبب الوصاية وهي لا تحتمل التجزي؛ وهذا لأن في بيع البعض إضرارًا بالصغير والكبير جميعـًا؛ لأنه يتعيب به نصيب الكبير، والأشقاص لا تشترى بما يشترى به الجمل، فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم، وللوصي ولاية في نصيب الكبير فيما يرجع إلى توفير الشفقة عليه، ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته؛ لما فيه من المنفعة له.

قوله: وَصِيُّ الأَخِ فِي الصَّغِيرِ وَالكَبِيرِ الغَائِبِ بِمَنْزِلَةِ وَصِيِّ الأَبِ فِي الكَبِيرِ الغَائِبِ، وَكَذَا وَصِيُّ الأُمِّ وَوَصِيُّ العَمِّ، وَهَذَا الجَوَابُ فِي تَرِكَةِ هَؤُلَاءِ، أي: في تركة الأم والأخ

الأَبِ فِي الكَبِيرِ الغَائِبِ، وَكَذَا وَصِيُّ الأُمِّ وَوَصِيُّ العَمِّ. وَهَذَا الجَوَابُ فِي تَرِكَةِ هَؤُلَاءِ؛ لِأَنَّ وَصِيَّهُمْ قَائِمٌ مُقَامَهُمْ وَهُمْ يَمْلِكُونَ مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الحِفْظِ فَكَذَا وَصِيُّهُمْ.

والعم، وإنما قيَّد بقوله: وَهَذَا الجَوَابُ فِي تَرِكَةِ هَؤُلَاءِ؛ لأن وصي الأم والأخ في تركة الأب للصغير ليس كوصي الأب؛ لأنه ذكر في «الذخيرة» بعدما ذكر ما ذكرنا منها في تصرف وصي الأب فقال:

هذا هو الكلام في وصي الأب، أمَّا وصي الأم فنقول: وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن الأب، العقار والمنقول في ذلك سواء؛ لأن وصي الأم قائم مقام الأم، والأم حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير من العقار، والمنقول المشغول بالدين والخالي عن الدين سواء؛ وما كان موروثـًا للصغير من جهة الأم إن كان خاليـًا عن الدين والوصية يبيع المنقول ولا يبيع العقار؛ لأنه لا ولاية للوصي على الصغير، وإنما له حفظ التركة على الميت لتوهم أن يظهر على الميت دين، فبيع المنقول من جملة الحفظ، وأمَّا بيع العقار فليس من جملة الحفظ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين وبالوصية إن كان الدين مستغرقـًا فله أن يبيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته؛ لأن بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن الدين مستغرقـًا يبيع بقدر الدين.

وهل يبيع الزيادة على قدر الدين؟ فعلى الاختلاف الذي ذكرنا.

وكل جواب عرفته في وصي الأم فهو الجواب في وصي الأخ والعم؛ لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال، فكذا لا ولاية للأخ والعم على الصغير في المال أيضـًا.

وذكر في «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله في باب ما يجوز من فعل الوصي: وأمَّا وصي الأم ووصي الأخ بأن ماتت المرأة وتركت ابنـًا صغيرًا فأوصت إلى رجل، أو مات الرجل وترك أخـًا صغيرًا وأوصى إلى رجل، فلهذا الوصي أن يبيع ما ترك من العروض، وليس له أن يبيع ما ترك من العقار؛ لأن لهذا الوصي ولاية الحفظ دون التصرف، وبيع

قَالَ: (وَالوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الجَدِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الجَدُّ أَحَقُّ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَقَامَهُ مُقَامَ الأَبِ حَالَ عَدَمِهِ حَتَّى أَحْرَزَ المِيرَاثَ فَيُقَدَّمُ عَلَى وَصِيِّهِ.

وَلَنَا أَنَّ بِالإِيصَاءِ تَنْتَقِلُ وِلَايَةُ الأَبِ إِلَيْهِ فَكَانَتْ وِلَايَتُهُ قَائِمَةً مَعْنًى فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ كَالأَبِ نَفْسِهِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ الوَصِيَّ مَعَ عِلْمِهِ بِقِيَامِ الجَدِّ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ تَصَرُّفَهُ أَنْظَرُ لِبَنِيهِ مِنْ تَصَرُّفِ أَبِيهِ (فَإِنْ لَمْ يُوصِ الأَبُ فَالجَدُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ)؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ وَأَشْفَقُهُمْ عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ الإِنْكَاحَ دُونَ وَصِيٍّ، غَيْرَ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ وَصِيُّ الأَبِ فِي التَّصَرُّفِ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

العروض من جملة الحفظ؛ لأنه يخشى عليه التَّوى والتلف، وأمَّا بيع العقار فليس من جملة الحفظ لما ذكرنا أنه محصن بنفسه.

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ وَصِيُّ الأَبِ فِي التَّصَرُّفِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: وَلَنَا أَنَّ بِالإِيصَاءِ تَنْتَقِلُ وِلَايَةُ الأَبِ، إلى آخره، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

(فَصْلٌ فِي الشَّهَادَةِ)

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الوَصِيَّانِ أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَى إِلَى فُلَانٍ مَعَهُمَا فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ)؛ لِأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهَا لِإِثْبَاتِهِمَا مُعِينًا لِأَنْفُسِهِمَا.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهَا المَشْهُودُ لَهُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَهُوَ فِي القِيَاسِ كَالأَوَّلِ، لِمَا

فصل في الشهادة

لمَّا لم تكن الشهادة في الوصية أمرًا مختصًّا بالوصية أخَّر ذكرها لعدم عراقتها فيها.

وهاهُنا خمس مسائل: الغريمان لهما على الميت دين، والغريمان للميت عليهما دين، والموصى لهما، والموصي إليهما، والوارثان.

قوله: لِأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ، والشهادة ترد بالتهمة، ويقول شريح رحمه الله: لا أجيز شهادة خصم ولا مريبٍ، والمراد من المريب المتهم.

قوله: إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهَا المَشْهُودُ لَهُ، أي: حينئذٍ تجوز الشهادة استحسانًا.

قوله: وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، إشارة إلى حكم المستثنى وهو جواز الشهادة عند الدعوى.

قوله: وَهُوَ فِي القِيَاسِ كَالأَوَّلِ، أي: حكم المستثنى الذي هو ادعاء المشهود له الوصاية، كحكم المستثنى منه الذي هو إنكار المشهود له الوصاية، أي: إن الشهادة باطلة في الصورتين، أعني: صورة إنكار المشهود له الوصاية، وصورة دعوى المشهود له الوصاية.

وفي الاستحسان تجوز الشهادة في صورة الدعوى، ولا تجوز في صورة الإنكار، ولكن إذا أنكر المشهود له الوصاية قال في «المبسوط»: أُدخِلت معهما آخر؛ لأن في ضمن شهادتهما

بَيَّنَّا مِنَ التُّهْمَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الوَصِيِّ ابْتِدَاءً أَوْ ضَمَّ آخَرَ إِلَيْهِمَا بِرِضَاهُ بِدُونِ شَهَادَتِهِمَا فَيَسْقُطُ بِشَهَادَتِهِمَا مُؤْنَةُ التَّعْيِينِ عَنْهُ، أَمَّا الوِصَايَةُ تَثْبُتُ بِنَصْبِ القَاضِي. قَالَ: (وَكَذَلِكَ الِابْنَانِ) مَعْنَاهُ إِذَا شَهِدَا أَنَّ المَيِّتَ

إقرارًا منهما بوصي آخر معهما للميت، وإقرارهما حجة عليهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك، بمنزلة ما لو ماتَ أحد الأوصياء الثلاثة، ولذلك لو صدقهما وقال: لا أقبل الوصية كان له ذلك؛ لأنه لم يسبق منه القبول، ولكن يتعذر على الوصيين التصرف بدون رأي الثالث، فيدخل القاضي معهما وصيًا ثالثًا.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الوَصِيِّ ابْتِدَاءً، إلى آخره، فإن قيل: إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيًّا آخر؛ فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه.

قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي، لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث، فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمَّة وصي، وهناك تقبل الشهادة فكذلك هاهُنا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في باب القضاء بالشهادة من قضاء «الجامع الصغير».

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا - أعني: قبول الشهادة على وجه الاستحسان في أن الرجلين إذا شهدا أن أباهما أوْصَى إلى هذا - وبينما لو شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه في الكوفة لا تقبل، سواء يدعي الوكيل ذلك أو يجحد؟

قلتُ: إنما قبلت شهادتُهما في الوصايا لخلوها عن التهمة، فإنَّهما لو سألا القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيًّا وهو راغب فيها أجابَهما إلى ذلك؛ بخلاف الوكالة؛ فإنَّهما لو سألا القاضي أن يوكل هذا الرجل عن أبيهما لم يفعل؛ لأنه ليس للقاضي ولاية في مال أبيهما، كذا في «المبسوط».

وقوله: وَكَذَلِكَ الِابْنَانِ، معطوف على المستثنى منه وهو **قوله: فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ**.

أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ وَهُوَ يُنْكِرُ؛ لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا بِنَصْبِ حَافِظٍ لِلتَّرِكَةِ. (وَلَوْ شَهِدَا) يَعْنِي الوَصِيَّيْنِ (لِوَارِثٍ صَغِيرٍ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ المَيِّتِ أَوْ غَيْرِهِ فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ)؛ لِأَنَّهُمَا يُظْهِرَانِ وِلايَةَ التَّصَرُّفِ لِأَنْفُسِهِمَا فِي المَشْهُودِ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا لِوَارِثٍ كَبِيرٍ فِي مَالِ المَيِّتِ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَالِ المَيِّتِ جَازَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: إِنْ شَهِدَا لِوَارِثٍ كَبِيرٍ تَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لا يَثْبُتَ لَهُمَا وِلايَةُ التَّصَرُّفِ فِي التَّرِكَةِ إِذَا كَانَتِ الوَرَثَةُ كِبَارًا فَعَرِيَتْ عَنِ التُّهْمَةِ. وَلَهُ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُمَا وِلايَةُ الحِفْظِ وَوِلايَةُ بَيْعِ المَنْقُولِ عِنْدَ غَيْبَةِ الوَارِثِ فَتَحَقَّقَتِ التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ شَهَادَتِهِمَا فِي غَيْرِ التَّرِكَةِ لِانْقِطَاعِ وِلايَةِ وَصِيِّ الأَبِ عَنْهُ؛ لِأَنَّ المَيِّتَ أَقَامَهُ مُقَامَ نَفْسِهِ فِي تَرِكَتِهِ لا فِي غَيْرِهَا.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ عَلَى مَيِّتٍ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ وَشَهِدَ الآخَرَانِ لِلْأَوَّلَيْنِ بِمِثْلِ ذَلِكَ جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا، فَإِنْ كَانَتْ شَهَادَةُ كُلِّ فَرِيقٍ لِلْآخَرِ بِوَصِيَّةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ لَمْ تَجُزْ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا تُقْبَلُ

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُمَا وِلايَةُ الحِفْظِ، إلى آخره، وذكر في «المبسوط»:

وأمَّا فيما ليس من الميراث، فإن شهادة الوصي على الصغير لا تقبل على الغير؛ لأنه هو القابض، ويجوز للكبير؛ لأنه أجنبي في ذلك فإنه إنما صار خصماً بقبول الوصاية فيما هو من جملة الميراث، فأمَّا فيما للوارث الكبير على الأجنبي لا بطريق الإرث فهو كأجنبي آخر.

وقوله: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، فالإشارة بقوله: وَهَذَا، راجعة إلى ما ذكرنا من جواز شهادتهما في الدين، وعدم جواز شهادتهما في الوصية.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لا تُقْبَلُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا، كما لا تقبل في الوصية

فِي الدَّيْنِ أَيْضًا. وَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيمَا ذَكَرَ الخَصَّافُ مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ.

بألف، ثم إنما قيَّد عدم جواز شهادة كل فريق للآخر في الوصية بالألف المرسلة احترازًا عمَّا لو شهد كل فريق للآخر في الوصية بعين على حدة، فإن هناك تقبل شهادة كل فريق للآخر، وهو ما ذكر بعد هذا في الكتاب بقوله: وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِجَارِيَتِهِ وَشَهِدَ المَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِعَبْدِهِ جَازَتِ الشَّهَادَةُ بِالِاتِّفَاقِ.

قوله: وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِيمَا ذَكَرَ الخَصَّافُ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، أي: لا تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر لا في حق الدين، ولا في حق الوصية بألف درهم.

وقوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، أي: تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر في حق الدين، ولا تجوز في حق الوصية بألف درهم، وإنما خصَّ قول محمد رحمه الله هاهُنا مع أنه ذكر قبل هذا في هذا الحكم قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ليقرر قول محمد رحمه الله.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله بعد ذكر هذه الروايات بقوله: فصار عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك، وعن محمد رحمه الله روايةً واحدةً.

وجنسُ هذه المسائل على أربعة أوجه: في الوجه الأول تقبل الشهادة بالإجماع، وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد، وشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية؛ لأنه لا شركة للشهود فيه فلا تتمكن التهمة.

وفي الوجه الثاني: لا تقبل بالإجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزءٍ شائع كالوصية بثلث ماله، وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك؛ لأنَّهما أوْجَبا شركة لأنفسهما فيما شهدا به للآخرين، وكذا لو شهد الرجلان لاثنين بالوصية بألف مرسلة وشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضـًا.

وفي الوجه الثالث: لا تقبل أيضـًا وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوْصَى لهذين

وَجْهُ القَبُولِ أَنَّ الدَّيْنَ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ قَابِلَةٌ لِحُقُوقٍ شَتَّى فَلَا شَرِكَةَ، وَلِهَذَا لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِقَضَاءِ دَيْنِ أَحَدِهِمَا لَيْسَ لِلْآخَرِ حَقُّ المُشَارَكَةِ. وَجْهُ الرَّدِّ أَنَّ الدَّيْنَ بِالمَوْتِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ إِذِ الذِّمَّةُ خَرِبَتْ بِالمَوْتِ، وَلِهَذَا لَوِ اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنَ التَّرِكَةِ يُشَارِكُهُ الآخَرُ فِيهِ فَكَانَتِ الشَّهَادَةُ مُثْبِتَةً حَقَّ الشَّرِكَةِ فَتَحَقَّقَتِ التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ حَالِ حَيَاةِ المَدْيُونِ؛ لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ لِبَقَائِهَا لا فِي المَالِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الشَّرِكَةُ.

الرجلين بعين كالعبد، وشهد المشهود لهما أن الميت أَوْصَى للشاهدين الأولين بثلث ماله؛ لأن الشهادة مثبتة للشركة.

وفي الوجه الرابع: اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين وهو الذي نحن فيه.

قوله: وَجْهُ القَبُولِ أَنَّ الدَّيْنَ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ - أي: الذمة - **قَابِلَةٌ لِحُقُوقٍ شَتَّى فَلَا شَرِكَةَ**، وعدم القبول باعتبار تُهمة الشركة؛ وهذا لأن كل فريق إنما يشهد للفريق الآخر بالدين في ذمة الميت، ولو شهدا بذلك في حياته كانت الشهادة مقبولة فكذا إذا شهدا بعد موته؛ وهذا لأن الدين بالموت لا يتحول من الذمة إلى التركة، ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط شيء من الدين، وأن للوارث أن يستخلص التركة لنفسه بقضاء الدين من محل آخر، فلا تتمكن الشركة بينهم هنا.

بخلاف الوصية بالثلث؛ فإن حق الموصى له يثبت في عين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة، فلو أراد الوارث أن يستخلص التركة لنفسه ويقضي حق الموصى له من محل آخر لم يكن له ذلك، ولهذا لو قبض أحد الفريقين شيئاً كان للآخر حق المشاركة، فكان كل فريق مثبتاً لنفسه حق المشاركة فيما شهد، فكانت الشركة بينهم ثابتة في التركة فلا تصح شهادتهما فيما تثبت فيه الشركة لهما، ولا كذلك الدين.

قوله: وَجْهُ الرَّدِّ أَنَّ الدَّيْنَ بِالمَوْتِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ، ولهذا لا يثبت الملك للوارث، ولا ينفذ تصرفه فيه إذا كان الدين محيطاً بها، فشهادة كل فريق تلاقي محلًّا مشتركاً، فصار نظير مسألة الوصية بالثلث، هذا كله من «المبسوط»، وشروح «الجامع الصغير».

قَالَ: (وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِجَارِيَتِهِ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِعَبْدِهِ جَازَتِ الشَّهَادَةُ بِالِاتِّفَاقِ)؛ لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ فَلَا تُهْمَةَ. (وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا إِذَا شَهِدَ الأَوَّلَانِ أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِالعَبْدِ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى لِلْأَوَّلَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ)؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مُثْبِتَةٌ لِلشَّرِكَةِ.

وذكر في «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله، في باب شهادة الغرماء بعضهم لبعض قال: ولو أن رجلًا مات وترك ورثة وترك مالًا، وشهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم، وشهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم، فالشهادة باطلة، هكذا ذكر هنا، وذكر في «الجامع الصغير»، و«الجامع الكبير» أن الشهادة جائزة.

وروى صاحب الكتاب رواية ثالثة عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله: أنَّهم إن جاءوا جميعـًا وشهدوا فالشهادة باطلة، وإن شهد اثنان لاثنين فقبل شهادتهما، ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم فشهد لهما الغريمان الأولان فشهادتهما جائزة، فصار في المسألة ثلاث روايات.

فذكر وجه ما ذكر في «أدب القاضي» وهو وجه عدم قبول الشهادة، ووجه ما ذكر في الجامعين، وهو وجه قبول الشهادة كما ذكرنا وزاد فيه شيئـًا وقال:

وجه رواية الجامعين أن الشهادة إنما قامت على الميت بالدين، والدين ثبت في ذمة الميت ثم يتحول إلى التركة لا تحول القرار، فإن الوارث لو أراد أن يقضي الدين من ماله ويستخلص التركة لنفسه له ذلك، فيصير كأنَّهم شهدوا عليه في حياته.

ووجه رواية الحسن أنَّهم إذا جاءوا معـًا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة، والله تعالى أعلم بالصواب.

(كِتَابُ الخُنْثَى)

كتاب الخنثى

لمَّا فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من آلتي الرجال والنساء، شرع في بيان أحكام من له آلتان فيه، واختلاف الأقوال، وقدَّم ذكر الأول؛ لما أن الواحد قبل الاثنين؛ أو لأن الأول هو الأعم الأغلب وهذا كالنادر فيه.

اعلم أن الله تعالى خلق بني آدم ذكورًا وإناثًا كما قال الله تعالى: ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾ [النساء: ١]، وقال الله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ۝﴾ [الشورى: ٤٩]، ثم بيَّن حكم الذكور وحكم الإناث في كتابه ولم يبين حكم شخص هو ذكر وأنثى، فعرفنا بذلك أنه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد، وكيف يجتمعان وبينهما مغايرة على سبيل المضادة، وجعل علامة التميز عند الولادة الآلة، كذا في فرائض «المبسوط».

فمن محاسن أحكام الخنثى هي ترك الإضمار في البيان، وإن ندر وجوده في الأزمان.

ومنها: العدل والإنصاف، وذكر ما يليق بحاله من مسائل الوفاق والخلاف، من غير الاعتداء والاعتساف.

ومنها: النظر له فيما يضر وينفع، ويخفض أمره ويرفع، كابتياع الإمام أمة ختانة بمال بيت المال، عند العسرة وضيق الأحوال، والأمر بأخذ القناع في الصلاة سترًا وبرًا، وغيره من الأحكام وهلم جرًّا.

وذكر في «المغرب»: تركيب الخنث يدل على لين وتكسر، ومنه المخنث، وتخنث في كلامه، والخنثى: الذي له ما للرجال والنساء، والجمع الخَناثى بالفتح، كحبلى وحبالى.

(فَصْلٌ فِي بَيَانِهِ)

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وَذَكَرٌ فَهُوَ خُنْثَى، فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلَامٌ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى)؛ «لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - سُئِلَ عَنْهُ كَيْفَ يُورَثُ؟ فَقَالَ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ» وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - مِثْلُهُ.

فصل في بيانه

قوله: فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلَامٌ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى، ذكر الفرج وأراد به الحر وهو قُبُل المرأة مع أن الفرج اسم لقُبل الرجل والمرأة باتفاق أهل اللغة، وقولهم: القُبل والدبر كلاهما فرج، يعني: في الحكم، كذا في «المغرب».

وهذا الذي ذكره من الحكم من اعتبار المبال في حكم الشرع حكم كان عليه العرب في الجاهلية، على ما حُكي أن قاضياً فيهم رفع إليه هذه الحادثة فجعل يقول: هو رجل وامرأة، واستبعد قومه ذلك فتحيَّر القاضي ودخل بيته للاستراحة، فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره في هذه الحادثة، وكانت له بنية تغمز رجله فسألته عن تفكره فأخبرها بذلك فقالت: دع المحال واتبع المبال، فخرج إلى قومه وحكى ذلك فاستحسنوا ذلك منه، فعرفنا أنه حكم كان في الجاهلية قرَّره رسول الله صلى الله عليه وسلم.

ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح، وذلك أن ما يقع به الفصل بين الذكر والأنثى عند الولادة الآلة، وذلك في الآدمي وفي سائر الحيوانات، وعند انفصال الولد من الأم منفعة تلك الآلة خروج البول منها، وما سوى ذلك

وَلِأَنَّ البَوْلَ مِنْ أَيِّ عُضْوٍ كَانَ فَهُوَ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ العُضْوُ الأَصْلِيُّ الصَّحِيحُ وَالآخَرُ بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ (وَإِنْ بَال مِنْهُمَا فَالحُكْمُ لِلْأَسْبَقِ)؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةٌ أُخْرَى عَلَى أَنَّهُ هُوَ العُضْوُ الأَصْلِيُّ (وَإِنْ كَانَا فِي السَّبْقِ عَلَى السَّوَاءِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِالكَثْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يُنْسَبُ إلَى أَكْثَرِهِمَا بَوْلًا)؛ لِأَنَّهُ عَلَامَةُ قُوَّةِ ذَلِكَ العُضْوِ وَكَوْنُهُ عُضْوًا أَصْلِيًّا؛ وَلِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الكُلِّ فِي أُصُولِ الشَّرْعِ

من المنافع يحدث بعد ذلك، فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالًا، فإذا كان يبول من مبال الرجال عرفنا أن آلة الفصل في حقه هذا، وأن الآخر زيادة خرق في البدن، وإذا كان يبول من مبال النساء عرفنا أن الآلة هذا، وأن الآخر بمنزلة ثؤلول في البدن، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ بَال مِنْهُمَا فَالحُكْمُ لِلْأَسْبَقِ، وهذا الذي ذكره في المجتهدات لا في المسموعات، فإن السبق من أسباب الترجيح في المجتهدات، وأمَّا في المسموعات فالمعمول هو الثاني؛ لأنه ناسخ دون الأول؛ لأنه منسوخ.

وفي «المبسوط»: لأن الترجيح بالسبق عند المعارضة والمساواة أصل في الشرع؛ ولأنه كما خرج البول من أحدهما قد حكم باعتباره أنه على تلك الصفة، ألا ترى أنه لو لم يخرج من المبال الآخر بعد ذلك كان ما خرج علامة تامة للفصل، وبعد ما حكم له بأحد الوصفين لا يتغير ذلك بخروج البول من الآلة الأخرى، وهو بمنزلة رجل أقام بينة على نكاح امرأة وقضى له بِها ثم أقام الآخر البينة لا يلتفت إلى البينة الثانية.

وكذلك لو ادعى نسب مولودٍ وأقام البينة وقضى له به ثم ادَّعاه آخر وأقام البينة لا يلتفت إلى ذلك.

قوله: وَإِنْ كَانَا فِي السَّبْقِ عَلَى السَّوَاءِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِالكَثْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، فقال أبو حنيفة رحمه الله فيه: لا علم لي بذلك، وقال صاحباه: يورث من أكثرهما بولًا؛ لأن الترجيح عند المعارضة بزيادة القوة، وذلك يكون بالكثرة كما يكون بالسبق؛ إذ لا مزاحمة بين القليل والكثير كما لا مزاحمة بين اللاحق والسابق، فالظاهر أن الذي يخرج منه البول

فَيَتَرَجَّحُ بِالكَثْرَةِ. وَلَهُ أَنَّ كَثْرَةَ الخُرُوجِ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَى القُوَّةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لِاتِّسَاعٍ فِي أَحَدِهِمَا وَضِيقٍ فِي الآخَرِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْهُمَا عَلَى السَّوَاءِ فَهُوَ مُشْكِلٌ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لا مُرَجِّحَ.

أكثر هو المبال والحكم للمبال.

وأبو حنيفة رحمه الله أبى ذلك لوجهين:

أحدهما: أن كثرة البول يدل على سعة المخرج، ولا معتبر بذلك فمخرج بول النساء أوسع من مخرج بول الرجال.

والثاني: أن الكثرة والقلة تظهر في البول لا في المبال، وآلة الفصل المبال دون البول، وباعتبار السبق يأخذ السابق اسم المبال قبل أن يأخذ الآخر ذلك الاسم، وأمَّا إذا خرج منهما معـًا فقد أخذ اسم المبال في وقتٍ واحدٍ على صفة واحدة؛ لأن هذا الاسم لا يختلف بكثرة ما يخرج منه البول وقلته.

ثم إن أبا حنيفة رحمه الله استقبح الترجيح بالكثرة على ما يحكي عنه: أن أبا يوسف رحمه الله لمَّا قال بين يديه: يورث من أكثرهما بولًا، قال: يا أبا يوسف، وهل رأيتَ قاضيـًا يكيل البول بالأواقي؟ أي: الكثرة على الحقيقة لا تعرف إلا بالكيل ولا يجوز الاشتغال به؛ ولأن نفس الخروج دليل بنفسه، والكثرة من جنسه لا تكون ترجيحـًا عند المعارضة كالشاهدين وأربعة شهود، والآية والآيتين، فقد استبعد ذلك؛ لما فيه من القبح، وتوقف في الجواب؛ لأنه انسدَّ طريق التمييز بالرجوع إلى المعقول، ولم يجد فيه نصًّا فتوقف وقال: لا أدري، وهذا من علامة فقه الرجل وورعه هو أن لا يحبط في الجواب، على ما حكي أن ابن عمر رضى الله عنهما سُئل عن مسألة فقال: لا أدري، وكذا أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا: إذا استويا في المقدار لا علم لنا بذلك، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

وهذا هو الذي ذكره في الكتاب بقوله: وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْهُمَا عَلَى السَّوَاءِ فَهُوَ مُشْكِلٌ بِالِاتِّفَاقِ، أي: إذا كان بوله في الخروج والكثرة على السواء كان مشكلًا بالاتفاق.

قَالَ: (وَإِذَا بَلَغَ الخُنْثَى وَخَرَجَتْ لَهُ اللِّحْيَةُ أَوْ وَصَلَ إِلَى النِّسَاءِ فَهُوَ رَجُلٌ) وَكَذَا إِذَا احْتَلَمَ كَمَا يَحْتَلِمُ الرَّجُلُ أَوْ كَانَ لَهُ ثَدْيٌ مُسْتَوٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مِنْ عَلَامَاتِ الذُّكْرَانِ (وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ ثَدْيٌ كَثَدْيِ المَرْأَةِ أَوْ نَزَلَ لَهُ لَبَنٌ فِي ثَدْيِهِ أَوْ حَاضَ أَوْ حَبِلَ أَوْ أَمْكَنَ الوُصُولُ إِلَيْهِ مِنَ الفَرْجِ فَهُوَ امْرَأَةٌ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ مِنْ عَلَامَاتِ النِّسَاءِ.

وقال في «شرح الطحاوي»: وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يعتبر الأكثر منهما، فإن استويا في الكثرة قالوا جميعاً: لا علم لنا بذلك.

قوله: وَإِذَا بَلَغَ الخُنْثَى وَخَرَجَتْ لَهُ اللِّحْيَةُ أَوْ وَصَلَ إِلَى النِّسَاءِ فَهُوَ رَجُلٌ، إلى آخره، أي: الإشكال في الخنثى إنما كان قبل البلوغ لا بعده، وهكذا أيضاً ذكره في «الذخيرة» وقال:

إنما يتحقق هذا الإشكال قبل البلوغ، فأمّا بعد البلوغ والإدراك يزول الإشكال؛ لأن بعد البلوغ لا بدَّ من أمارة تظهر به يعلم بِها أنه رجل أو امرأة، فإن بلغَ وجامعَ بذكره فهو رجل، وكذا إن لم يجامع بذكره ولكن خرجت لحيته فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل فهو رجل، وإن لم يكن شيء من ذلك ولكن حاضت أو خرجت له ثديان كثدي المرأة فهي امرأة، وكذلك إذا حبلت أو نزل من ثديها لبن فهي امرأة.

وإن كان ما يجامع بذكره، ولا خرجت له اللحية، ولا رأت الحيض، ولا بدت له الثديان كثدي المراة، ولا جومع كما تجامع المرأة فهو رجل.

وذكر فيها في فصل الخنثى من فرائضها: وعن الحسن أنه يعد أضلاعه، فإن ضلعَ الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحدةٍ.

فإن قلتَ: ذكر انعدام علامات الرجل والمرأة ثم حكم به أنه رجل، فما تقول فيما إذا كان له علامات الطرفين جميعاً، بأن خرجت له لحية، وظهر له ثدي كثدي المرأة، وهذا موجود فيما بين الناس، وقد رأيتُ امرأةً وكانت لها لحية كلحية الرجل، وكانت تحيض وتحبل، ولو تصور ذلك في الخنثى المشكل وتعارض سائر العلامات بأن يصل إلى النساء بذكره، ويصل إليه الرجل أيضاً من فرجه، وتحيض، وتحبل، وينزل من ثديه اللبن، ويحبل

(وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ إِحْدَى هَذِهِ العَلَامَاتِ فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ) وَكَذَا إِذَا تَعَارَضَتْ هَذِهِ المَعَالِمُ.

غيره، وهذا ممَّا يتصور ولا يستحيل؛ لأن المواضع مختلفة؛ لما أن وصوله إلى النساء بذكره، ووصول الرجل إليه من فرجه، وكذلك الحيض والحبل يتصوران مع الإحبال لكونها في مواضع مختلفة، ما حكمه عند ذلك؟

قلتُ: حكمه عند ذلك حكم الخنثى المشكل الذي اتفقوا في إشكاله فيما كان قبل البلوغ، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: **وَكَذَا إِذَا تَعَارَضَتْ هَذِهِ المَعَالِمُ**، أي: فهو خنثى مشكل أيضاً، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ)

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: الأَصْلُ فِي الخُنْثَى المُشْكِلِ أَنْ يُؤْخَذَ فِيهِ بِالأَحْوَطِ وَالأَوْثَقِ فِي أُمُورِ الدِّينِ، وَأَنْ لا يَحْكُمَ بِثُبُوتِ حُكْمٍ وَقَعَ الشَّكُّ فِي ثُبُوتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَقَفَ خَلْفَ الإِمَامِ قَامَ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ فَلا يَتَخَلَّلُ الرِّجَالَ كَيْ لا تُفْسِدَ صَلاتَهُمْ وَلا النِّسَاءَ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ فَتَفْسُدُ صَلاتُهُ. (فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلاتَهُ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ.

فصل في أحكامه

فلمَّا كان ذكر الخنثى لذكر أحكامه شرع في بيان أحكام الخنثى المشكل؛ لأنا إنما نحتاج إلى معرفة أحكام الخنثى المشكل لا في غير المشكل؛ لأن ذلك ملحق بما عرف هو من جنسه من الرجل والمرأة، وذكر أحكامهما فيما يختص به كل واحدٍ منهما فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل والتبيين، والتقرير والتلقين.

قوله: الأَصْلُ فِي الخُنْثَى المُشْكِلِ، وصف الخنثى بوصف الذكور حيث قال: **فِي الخُنْثَى المُشْكِلِ**، ولم يقل المشكلة؛ لما أن التذكير هو الأصل، ألا ترى أن الله تعالى خلق حواء من ضلع من أضلاع آدم عليهما السلام، ذكره في «الكشاف» في أول سورة النساء، لكن هذا في اللفظ، وأمَّا في أحكام الشرع فيؤخذ في حقه بما هو **الأَحْوَطُ وَالأَوْثَقُ فِي أُمُورِ الدِّينِ**.

قوله: فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلاتَهُ، لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ، وإنما

(وَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَالِ فَصَلَاتُهُ تَامَّةٌ وَيُعِيدُ الَّذِي عَنْ يَمِينِهِ وَعَنْ يَسَارِهِ وَالَّذِي خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ صَلَاتَهُمُ احْتِيَاطًا) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ.

قال باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب؛ لأن سبب وجوب الصلاة عليه معلوم والفساد بهذا الأداء موهوم مشتبه، والأخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب، إلا أنه لا يلزمه الإعادة قطعاً؛ لأن المسقط وهو الأداء معلوم، والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم، فللتوهم أحب له أن يعيد الصلاة، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: الخنثى المشكل إنما يتحقق فيما إذا كان قبل البلوغ على ما كان عليه الأصل؛ لما أن بلوغه يعرف بالحيض والاحتلام، وبه يظهر أنه رجل أو امرأة فلا يبقى مشكلًا، فعُلم بهذا أن الإشكال إنما يكون في حالة الصبا، والصبي أو الصبية إذا شرع في صلاته ثم أفسد ليس عليه الإعادة، فكيف ذكر الإعادة هاهُنا؟

قلتُ: تلك الإعادة في حق الصبي والصبية على وجه التخلق والاعتبار، وفي حق البالغ على ما ذكرنا من تعارض الأعلام كان الإشكال باقياً، ففي حقه الإعادة على وجه الوجوب عند الفساد.

وأمّا قوله: إن بلوغه يعرف بالحيض والاحتلام، فقلنا: قد يعرف بلوغ الصبي والصبية بالسن وكان الإشكال باقياً.

وذكر في «الذخيرة»: فإن قام في صف النساء فصلى قال: أحب إليَّ أن يعيد صلاته؛ لأنه صبي أو صبية، فإن كانت صبية تجزئها صلاتها، ويحتمل أن يكون صبيًّا فتفسد صلاته فيؤمر بالإعادة استحباباً تخلقاً واعتيادًا، وإن لم يعد فلا شيء عليه إن كان مراهقاً، وإن كان بالغاً وكان مشكلًا حاله يلزمه الإعادة حتماً وإيجاباً؛ لأنه ذكر أو أنثى، فإن كانت أنثى لا يلزمها الإعادة، وإن كان ذكرًا كان عليه الإعادة فتجب الإعادة احتياطاً، فعُلِم بِهذا أن ما ذكره في الكتاب **بقوله: فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ**، محمول على ما إذا كان مراهقاً غير بالغ، وأمّا إذا كان بالغاً فالإعادة واجبة عليه على ما ذكرتُه من «الذخيرة».

وأمّا في **قوله: وَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَالِ فَصَلَاتُهُ تَامَّةٌ وَيُعِيدُ الَّذِي عَنْ يَمِينِهِ وَعَنْ يَسَارِهِ**

قَالَ: (وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ)؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيَجْلِسَ فِي صَلَاتِهِ جُلُوسَ الْمَرْأَةِ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا فَقَدْ تَرَكَ سُنَّةً وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً فَقَدِ ارْتَكَبَ مَكْرُوهًا؛ لِأَنَّ السِّتْرَ عَلَى النِّسَاءِ وَاجِبٌ مَا أَمْكَنَ.

(وَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ قِنَاعٍ أَمَرْتُهُ أَنْ يُعِيدَ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ وَهُوَ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ

وَالَّذِي خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ، فالإعادة هناك ينبغى أن تكون واجبةً احتياطـاً؛ لأنه لو كان أنثى تفسد صلاة الرجل بمحاذاتِها، سواء كانت بالغة أو غير بالغة بعد أن كانت عاقلة مشتهاة على ما ذكرنا في مسألة المحاذاة.

ولكن ذكر في «المبسوط» أن إعادة من عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتَهم مستحبة، فقال: والمراد من الإعادة هو الإعادة على طريق الاستحباب؛ لما بينا أن محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم، ومبنى العبادة على الاحتياط فيستحب لهم أن يعيدوا صلاتَهم لهذا.

قوله: وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ؛ لأنه أقرب إلى الستر؛ ولأنه إن كان رجلًا فالتقنع لا يمنع الجواز، وإن كان أنثى فإنَّها تؤمر بالتقنع في صلاتها إذا كانت مراهقة، فعند الاشتباه يترجح هذا الجانب، كذا في «المبسوط».

فعُلِم بِهذا أن ما ذكره من الاستحباب فيما إذا كان مراهقـاً، وأمَّا إذا كان بالغـاً بأن بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال أو النساء لا تجزئه الصلاة بغير قناع إذا كان الخنثى حرًّا؛ لأنه يجوز أن يكون ذكرًا فتجزئه الصلاة، ويجوز أن يكون أنثى فلا تجزئها الصلاة بغير قناع؛ لأن الرأس من الحرة البالغة عورة، والصلاة متى جازت من أوجه وفسدت من أوجه يحكم بالفساد احتياطـاً، فإذا جازت من وجه وفسدت من وجه أوْلَى، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَيَجْلِسَ فِي صَلَاتِهِ جُلُوسَ الْمَرْأَةِ، معناه: أنه يخرج رجليه من جانب ويجلس بإليتيه على الأرض؛ لأن ذلك أقرب إلى الستر؛ ولأن الرجل يجوز له أن يفعل كذلك حالة

وَإِنْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَأَهُ (وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ)؛ لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إِلَيْهِ رَجُلًا كَانَ أَوِ امْرَأَةً. وَيُكْرَهُ أَنْ يَخْتِنَهُ رَجُلٌ؛ لِأَنَّهُ عَسَاهُ أُنْثَى أَوْ تَخْتِنُهُ امْرَأَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ رَجُلٌ فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ فِيمَا قُلْنَا (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ابْتَاعَ لَهُ الإِمَامُ أَمَةً مِنْ بَيْتِ المَالِ)؛ لِأَنَّهُ أُعِدَّ لِنَوَائِبِ المُسْلِمِينَ.

العذر، واشتباه الحال من أبين الأعذار، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: وَإِنْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَأَهُ، هذا محمول على حالة المراهقة، وأمّا في حالة البلوغ بالسن فالحكم فيه هو الإعادة على ما ذكرتُه من رواية «الذخيرة».

وإلى هذا أيضاً أشار في «المبسوط» وقال: ولو صلى بغير قناع قبل أن يدرك لم آمُره بالإعادة؛ لأن أسوأ حالة أن يكون أنثى، والمراهقة إذا صلت بغير قناع لا تؤمر بالإعادة استحساناً، ثم قال: وفي بعض النُّسَخ: وإن كان بالغاً فصلى بغير قناع أمرته بأن يعيد، وهذا بطريق الاحتياط، ولكن لا يتصور بقاؤه مشكلًا بعد البلوغ، وإن تصور فالحكم هذا، هكذا لفظ «المبسوط»، ولم يتعرض فيه أن طريق الاحتياط فيه على وجه الاستحباب، أو على وجه الوجوب، فالظاهر هو الوجوب لقرانه بالأمر.

قوله: وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتَتِنُهُ، وفي بعض الروايات: تَخْتِنُهُ، والصحيح هو الأول؛ لأنه ذكر في «تاج المصادر»: الاختتان: (خويشتن را ختنه كردن)، وهكذا أيضاً في «المغرب» وقال: ختنت الصبي ختناً واختتن هو، أي: خُتِن أو خَتن نفسه.

وقوله: لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إِلَيْهِ رَجُلًا كَانَ أَوِ امْرَأَةً، وهذا التعليل وإن كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة؛ لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها مطلقاً؛ لأنه ذكر في استحسان «المبسوط»: أن للأمة أن تنظر إلى مولاتها كما للأجنبيات، فعُلِم بِهذا أنه لا تأثير للملك في إباحة النظر إلى سيدته.

والأولى في التعليل هاهُنا ما ذكره في «المبسوط»، و«الذخيرة»، فقال في «الذخيرة»: لأنه متى اشترى الولي جارية للخنثى فإنه يملكها الخنثى، ثم إن كان الخنثى ذكرًا فهذا

(فَإِذَا خَتَنَتْهُ بَاعَهَا وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيْتِ المَالِ) لِوُقُوعِ الِاسْتِغْنَاءِ عَنْهَا.

(وَيُكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الحُلِيِّ وَالحَرِيرِ،

نظر المملوكة إلى مالكها، وإن كان الخنثى أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس، وإنه مباح حالة العذر، فعُلِم بِهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى باعتبار أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظره إلى خلاف جنسه، لا أن يكون للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها.

فإن قيل: لِمَ لم يقل بأنه يزوج له الولي امرأة بمهر يسير، مع أن وجود المعنى الذي ذكره في الأمة موجود هاهُنا، فإن الخنثى لو كان ذكرًا كانت هذه امرأته، وإن كان أنثى فكان فيه نظر الجنس إلى الجنس، حتى لا يحتاج إلى شراء الجارية بالمال الكثير.

قلنا: تزويج المرأة للخنثى لا يفيد إباحة الختان؛ لأن النكاح موقوف قبل أن يستبين أمره، يجوز أن يكون ذلك ذكرًا فيجوز النكاح، ويجوز أن يكون أنثى فلا يجوز النكاح، وإذا كان مشكل الحال كان النكاح موقوفًا، والنكاح الموقوف لا يفيد إباحة النظر إلى الفرج، فلذلك لم يقل يزوج له امرأة بماله حتى تختنه، هكذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله في «شرحه».

وذكر الإمام شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله: إنما لم يقل: يزوج له امرأة بماله؛ لأنا لا نتيقن بصحة نكاحه ما لم يتبين أمره، ولكن لو فعل مع هذا كان مستقيمًا؛ لأن الخنثى إن كان امرأة فهذا نظر الجنس إلى الجنس والنكاح لغو، وإن كان ذكرًا فهو نظر المنكوحة إلى زوجها، وبعض مشايخنا قالوا: إنما لم يقل محمد رحمه الله ذلك؛ لأن تلك المرأة تبقى معلقة إذا لم يصل إليها، فإنه لا يمكن التفريق بينهما؛ لأنه خنثى ولا يصل إلى حقها في الجماع بل يؤجل، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَيُكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الحُلِيِّ وَالحَرِيرِ، وليس في قيد **قوله:** فِي حَيَاتِهِ، زيادة فائدة؛ لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس، ومن ذكر اختصاص الكراهة له؛ لما أن بعد الموت لو وجد ذاك اللباس لا لبس، ولو كان ذلك بعد الموت كانت الكراهة للملبس لا للميت، سوى أنه اتبع في ذلك لفظ «المبسوط»، وإنما وقع في لفظ «المبسوط» ذلك؛ لأنه ذكر هذه

وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجَالِ أَوْ قُدَّامَ النِّسَاءِ. وَأَنْ يَخْلُوَ بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ مِنْ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ، وَأَنْ يُسَافِرَ مِنْ غَيْرِ مَحْرَمٍ مِنَ الرِّجَالِ) تَوَقِّيًا عَنِ احْتِمَالِ الْمَحْرَمِ.

المسألة بعد ذكر تكفين الخنثى إذا مات، فكان وقوع هذه المسألة بمقابلة ذلك، فكان ذكر الحياة هناك في هذه المسألة ليتبين المقابلة لا للقيد.

ثم إنما كان هذا هكذا؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أباح لبس الحرير بشرط أنوثة اللابس، بقوله صلى الله عليه وسلم: «هذان محرمان على ذكور أمتي حل لأناثهم»، وهذا الشرط غير معلوم في الخنثى، وما يتردد بين الحظر والإباحة يترجح معنى الحظر فيه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات، فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك»، وترك لبس الحرير لا يريبه، ولبس الحرير يريبه.

يوضحه: أن الاجتناب فرض والإقدام على المباح ليس بفرض، فكان الاحتياط في ترك لبسه؛ كيلا يكون واقعاً في الحرام إن كان رجلًا.

قوله: وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجَالِ أَوْ قُدَّامَ النِّسَاءِ، أي: إذا كان مراهقاً حتى يستبين أمره؛ لتوهم أن يكون امرأةً والمرأة عورة مستورة.

وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه، لا كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء، فإنه ليس المراد من التكشف إبداء موضع العورة؛ لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً، ولكن المراد أن يكون في إزار واحد.

وفي هذا الفصل - أي: في نظر المرأة إلى المرأة - روايتان، بيناهما في الاستحسان.

قوله: وَأَنْ يَخْلُوَ بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ، أي: يكره أن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل، فإن ثالثهما الشيطان»؛ ولأنه إذا خلا الخنثى برجل فمن الجائز أنه امرأة فتكون هذه خلوة رجل بامرأة أجنبية، وإذا خلا بامرأة فمن الجائز أنه ذكر خلا بأجنبية، والمراهقة في المنع من هذه الخلوة كالبالغة؛ لأن

(وَإِنْ أَحْرَمَ وَقَدْ رَاهَقَ قَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا عِلْمَ لِي فِي لِبَاسِهِ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا يُكْرَهُ لَهُ لُبْسُ المِخْيَطِ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى يُكْرَهُ لَهُ تَرْكُهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَلْبَسُ لِبَاسَ المَرْأَةِ)؛ لِأَنَّ تَرْكَ لُبْسِ المِخْيَطِ وَهِيَ امْرَأَةٌ أَفْحَشُ مِنْ لُبْسِهِ وَهُوَ رَجُلٌ، وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْ.

(وَمَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلَامًا فَوَلَدَتْ خُنْثَى لَمْ يَقَعْ حَتَّى يَسْتَبِينَ أَمْرُ الخُنْثَى)؛ لِأَنَّ الحَنَثَ لا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ (وَلَوْ قَالَ كُلُّ عَبْدٍ لِي حُرٌّ أَوْ قَالَ كُلُّ أَمَةٍ لِي حُرَّةٌ وَلَهُ مَمْلُوكٌ خُنْثَى لَمْ يُعْتَقْ حَتَّى يَسْتَبِينَ أَمْرُهُ)؛

المنع لخوف الفتنة.

وكذلك يكره أن يسافر معه امرأة، محرماً كان أو غير محرم؛ لأنه من الجائز أنه أنثى فتكون هذه مسافرة امرأتين بغير محرم لهما، وذلك حرام.

قوله: وَإِنْ كَانَ أُنْثَى يُكْرَهُ لَهُ تَرْكُهُ، أي: ترك لبس المخيط، فإن المرأة في إحرامها يلزمها لبس المخيط، ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الإزار والرداء، فلمَّا استوى الجانبان لا يمكن ترجيح أحدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال: لا علم لي بلباسه.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَلْبَسُ لِبَاسَ المَرْأَةِ؛ - أي: يلبس المخيط ولا يتركه - لِأَنَّ تَرْكَ لُبْسِ المِخْيَطِ وَهِيَ امْرَأَةٌ أَفْحَشُ مِنْ لُبْسِهِ وَهُوَ رَجُلٌ؛ لأن لبس المخيط للرجل في إحرامه جائز عند العذر، واشتباه أمره من أبلغ الأعذار، وأمَّا ترك الستر للمرأة فغير جائز في حال من الأحوال، ولبس المخيط أقرب إلى الستر، ومبنى حال المرأة على الستر كما في غير حالة الإحرام.

قوله: لِأَنَّ الحَنَثَ لا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ؛ لأن مع الإشكال لا يتيقن بوجود الشرط، والمعلق بالشرط لا يترك ما لم يوجد الشرط حقيقةً، فكان هذا نظير ما لو قال: إن لم أدخل دار فلان فعبده حرٌّ، ثم مات ولم يعلم أدخل أو لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى، فكذا هاهُنا.

لِمَا قُلْنَا (وَإِنْ قَالَ القَوْلَيْنِ جَمِيعًا عَتَقَ) لِلتَّيَقُّنِ بِأَحَدِ الوَصْفَيْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُهْمَلٍ (وَإِنْ قَالَ الخُنْثَى أَنَا رَجُلٌ أَوْ أَنَا امْرَأَةٌ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُشْكِلًا)؛ لِأَنَّهُ دَعْوَى يُخَالِفُ قَضِيَّةَ الدَّلِيلِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِحَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ (وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَبِينَ أَمْرُهُ لَمْ يُغَسِّلْهُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ)؛ لِأَنَّ حَلَّ الغُسْلِ غَيْرُ ثَابِتٍ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ (فَيَتَوَقَّى لِاحْتِمَالِ الحُرْمَةِ وَيَتَيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ) لِتَعَذُّرِ

وقوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ الخَنَثَ لا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ.

قوله: وَإِنْ قَالَ بِالقَوْلَيْنِ - أي: بالإيجابين - جَمِيعًا، بأن قال: كل عبدٍ لي وكل أمة لي فهو حر؛ لأنه عند الجمع تيقنا أن الإيجاب تناوله بأحد اللفظين، وعند الانفراد لا يتيقن بذلك.

قوله: لِأَنَّهُ دَعْوَى يُخَالِفُ قَضِيَّةَ الدَّلِيلِ؛ لأن الدليل يقتضي أن يبقى مشكلًا لعدم إمكان ترجيح أحد الجانبين على الآخر، فكان هو مجازفًا فيما يخبر هو عن نفسه، فإنه لا يعلم من ذلك إلا ما يعلم به غيره، هذا كله من «المبسوط».

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ، وإنما قال بلفظ: يَنْبَغِي؛ لأنه لم يذكر هذه المسألة في «المبسوط» فلم يتيقن بهذا الحكم.

وذكر في «الذخيرة»: إن قال هذا الخنثى المشكل: أنا ذكر أو أنثى، كان القول قوله؛ وهذا لأن الإنسان أمين في حق نفسه، والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال، ألا ترى أن المعتدة إذا قالت: انقضت عدتِي، وأنكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها، بأن قالت ذلك في مدة لا تنقضي في مثلها العدة، وما لم يعرف كونه مشكلًا لم يعرف خلاف ما قال فصدق فيما قال، ومتى عرف كونه مشكلًا فقد عرف خلاف ما قال، وعرف أنه مجازف في مقالته؛ لأنه لا يعرف من نفسه إذا كان مشكلًا إلا ما نعرفه نحن.

قوله: لِأَنَّ حَلَّ الغُسْلِ غَيْرُ ثَابِتٍ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، أي: غسل الرجل المرأة وغسل المرأة الرجل غير ثابت بينهما؛ وذلك لأن النظر إلى العورة حرام وبالموت لا تنكشف هذه

الغُسْلِ (وَلا يَحْضُرُ إِنْ كَانَ مُرَاهِقًا غُسْلَ رَجُلٍ وَلا امْرَأَةٍ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ ذَكَرٌ أَوْ أُنْثَى.

الحرمة، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف، فلأجل الضرورة أبيح النظر للجنس عند الغسل، والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته، فإذا كان مشكلًا لا يوجد له جنس، أو لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو من جنس النساء، فتعذر غسله لانعدام من يغسله، فصار بمنزلة من لو تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فيتيمم بالصعيد، وهو نظير امرأة تموت بين رجال ليس معهم امرأة، فإنَّها تيمم بالصعيد، ثم إن كان الميمِّم أجنبيًّا يممها مع الخرقة، وإن كان ذا رحم محرم منها يممها بغير الخرقة.

وكذلك إذا ماتَ الرجل بين نساءٍ وليس معهن رجل، فإن النساء يممنه بالصعيد من غير خرقة إن كن ذوات رحم محرم منه، وبخرقة إن كن أجانب منه، فهذا مثلهما، فإن كان من يممه من النساء يممنه بغير خرقة، وكذلك إن كان رجلًا ذا رحم محرم منه، وإن كان أجنبيًّا عنه يممه بخرقة.

ولا بأس بأن ينظر إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه، لجواز أن يكون امرأة، وفي هذا أخذ بالاحتياط فيما بنى أمره على الاحتياط وهو المس والنظر إلى المرأة.

فإن قلتَ: ما الفرق بين الغسل والختان، حيث يشتري له في حق الختان جارية ختانة لتختنه بماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال يشتري بمال بيت المال على ما مرَّ، ولا يشتري له جارية غسالة في حق الغسل مع أن كلًّا منهما سنة مؤكدة أو واجب.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن شراء الجارية للخنثى بعد موته لتغسله لا يفيد إباحة الغسل؛ لأنه لا يملكها الخنثى؛ لأنه لو كان للخنثى جارية مملوكة فماتَ الخنثى كانت تزول عن ملكه، فلا يبقى على ملكه لحاجة الغسل، وإذا لم يجز القول ببقاء الملك لحاجة الغسل لَأَن لا يملك ابتداءً بعد الموت لحاجة الغسل أوْلَى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، وإذا كان كذلك لم يجز الاشتغال بالشراء؛ لأنه اشتغال بما لا يفيد، فأمَّا ما دام حيًّا فهو من أهل أن يملك؛ لأنه رجل أو امرأة على ما ذكرنا، فيفيد شراء الجارية للختان فجاز الاشتغال به.

(وَإِنْ سَجَّى قَبْرَهُ فَهُوَ أَحَبُّ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ أُنْثَى نُقِيمُ وَاجِبًا، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَالتَّسْجِيَةُ لا تَضُرُّهُ. (وَإِذَا مَاتَ فَصُلِّيَ عَلَيْهِ وَعَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ وُضِعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِيَ الإِمَامَ وَالخُنْثَى خَلْفَهُ وَالمَرْأَةُ خَلْفَ الخُنْثَى فَيُؤَخَّرُ عَنِ الرَّجُلِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيُقَدَّمُ عَلَى المَرْأَةِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ.

(وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرٍ وَاحِدٍ مِنْ عُذْرٍ جُعِلَ الخُنْثَى خَلْفَ الرَّجُلِ) لِاحْتِمَالِ

قوله: وَإِنْ سَجَّى قَبْرَهُ فَهُوَ أَحَبُّ، إليَّ؛ لأن فيه نوع احتياط فلعله امرأة ومبنى حالها على الستر، ولا بأس بأن يسجى قبر الرجل عند العذر كالحر والبرد والمطر، فاشتباه حاله في العذر أبلغ من ذلك، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: وَلا يَحْضُرُ - أي: الخنثى - إِنْ كَانَ مُرَاهِقًا غُسْلَ رَجُلٍ وَلا امْرَأَةٍ، أي: لا يغسل الخنثى رجلًا أو امرأةً لما ذكر في الكتاب.

قوله: وَإِذَا مَاتَ فَصُلِّيَ عَلَيْهِ وَعَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ وُضِعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِيَ الإِمَامَ وَالخُنْثَى خَلْفَهُ وَالمَرْأَةُ خَلْفَ الخُنْثَى، اعتبارًا بحالة الحياة، فإن صف الرجال أقرب إلى الإمام من صف الخناثى؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ليلنِي منكم أولوا الأحلام والنهى، ثم الذين يلونَهم»، فقد أمر بأن يقرب منه من هو أفضل، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَيُؤْتِ كُلَّ ذِى فَضْلٍ فَضْلَهُۥ﴾ [هود: ٣]، وللرجال زيادة درجة على النساء فينبغي أن تكون جنازة الرجل أقرب إلى الإمام من جنازة النساء، والخنثى المشكل لتردد الحال فيه تجعل جنازته خلف جنازة الرجل أمام جنازة المرأة.

قوله: وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرٍ وَاحِدٍ مِنْ عُذْرٍ جُعِلَ الخُنْثَى خَلْفَ الرَّجُلِ، أي: يوضع الرجل ممَّا يلي القبلة ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المرأة؛ لأن جهة القبلة أشرف فيكون الرجل بالتقريب منه أوْلَى، ألا ترى أن في الحديث: «رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر بتقديم أكثرهم أخذًا للقرآن إلى جانب القبلة.

أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا حَاجِزٌ مِنْ صَعِيدٍ، وَإِنْ كَانَ مَعَ امْرَأَةٍ قُدِّمَ الْخُنْثَى) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِنْ كَانَ يُجْعَلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعْشُ الْمَرْأَةِ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ عَوْرَةٌ، (وَيُكَفَّنُ كَمَا تُكَفَّنُ الْجَارِيَةُ وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ) يَعْنِي يُكَفَّنُ فِي خَمْسَةِ أَثْوَابٍ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أُنْثَى فَقَدْ أُقِيمَتْ سُنَّةٌ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقَدْ زَادُوا عَلَى الثَّلَاثِ وَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

قوله: وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا حَاجِزٌ مِنْ صَعِيدٍ، ليصير ذلك في حكم قبرين، وكذلك إذا دفن الرجلان في قبر واحد فلا بأس بذلك؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر يوم أحد أن يدفن جماعة من الشهداء في قبر واحد، وأن يجعل بين كل ميتين حاجز من التراب فيفعل كذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ كَانَ يُجْعَلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعْشُ الْمَرْأَةِ، وتفسيره ما ذكرناه في الصلاة.

وذكر في «الذخيرة»: وإن حمل يعنى الخنثى مقلوباً فهو أحب إليَّ، ومعنى المقلوب أنه إذا كان للجنازة قوائم تقلب، وتجعل القوائم التي أسفل الجنازة أعلاها ثم يحمل عليه؛ لأنه لا بدَّ وأن يلقى عليه ثوب، وإذا جعلنا الجنازة مقلوبة يلقى الثوب على القوائم فيكون أستر له ممَّا إذا حمل على ظاهر الجنازة، وإن لم يكن لها قوائم وضع على ظاهر الجنازة ووضع عليه النعش ليكون أستر له إن كان امرأة وهو السنة، وإن كان رجلًا فالنعش لا يضره، فكان أوْلى الوجهين ما ذكرنا.

وإن دخل قبره ذو رحم محرم منه ليضعه فهو أحب إليَّ؛ لأنه إن كان أنثى فدخول الأجنبي قبره ليضعه فيه مكروه، ودخول المحرم لا بأس به، وإن كان ذكرًا لا يضره دخول المحرم فكان الاحتياط فيما قلنا.

قوله: وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقَدْ زَادُوا عَلَى الثَّلَاثِ وَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لأن عدد الكفن بعد الموت معتبر بعدد الثياب في حال الحياة، فالزيادة على الثلاث في الكفن للرجل لا يضره كما في حال الحياة، فإن للرجل أن يلبس في حال حياته الزيادة على الثلاث، وأمَّا إذا كان أنثى كان

(وَلَوْ مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَفَ ابْنًا فَالمَالُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَثْلَاثًا

في الاقتصار على الثلاث ترك السنة، فإن السنة في كفن المرأة أن يكون خمسة أثواب، فكان أحوط الوجهين ما ذكرنا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَوْ مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَفَ ابْنًا، إلى قوله: إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرَ ذَلِكَ، أي: غير كونه أنثى وهو كونه ابناً، والحكم في توريث الخنثى المشكل أن يعطى له ميراث النساء، إلا أن يكون أسوأ حاله أن يكون ذكرًا فيجعل ذكرًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعليه الفتوى.

وقال الشعبي، وابن أبي ليلى، والثوري، واللؤلؤي رحمهم الله تعالى: يعطى له نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى، وهو مذهب ابن عباس رضي الله عنه، بيانه: إذا هلك الرجل وترك ابناً وخنثى مشكلًا فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله المال بينهما أثلاثاً، ثلثاه للابن وثلثه للخنثى وهو نصيب البنات، وعلى قول الشعبي رحمه الله وهو قول ابن عباسٍ رضي الله عنهما إن كان الخنثى ذكرًا فله نصف المال والمسألة من اثنين، وإن كان أنثى فلها ثلث المال والحساب من ثلاثة، فقد اجتمع في حقه الثلث والنصف فيعطى له نصف ما اجتمع له وذلك ربع وسدس والباقي للابن.

ولو ماتت امرأة وتركت زوجاً وأختاً لأب وأم وخنثى لأب، فللزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى؛ لأن أسوأ حالها أن يجعل ذكرًا في هذه الصورة، فإنا لو جعلناها ذكرًا لا يصيبه شيء، ولو جعلناها أنثى يصيبها السدس ونقول: المسألة من ستة إلى سبعة، فجعلناها ذكرًا، وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، كذا في «الذخيرة»، و«التتمة».

وذكر في «المبسوط» فيما إذا مات الرجل وترك ولدًا خنثى وعصبة: فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول لا يعطى إلا ميراث جارية وذلك نصف المال، والباقي للعصبة، وفي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر: له ثلاثة أرباع المال؛ لأنه يستحق الكل في حال، والنصف في حال، فيعطى نصف الكل ونصف النصف؛ أو لأن النصف له يقيناً، والنصف الآخر يثبت في حالٍ ولا يثبت في حال فيتنصف، فله ثلاثة

﴿لِلابْنِ سَهْمَانِ، وَلِلْخُنْثَى سَهْمٌ وَهُوَ أُنْثَى عِنْدَهُ فِي المِيرَاثِ إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرَ ذَلِكَ﴾

أرباع المال والباقي للعصبة.

فإن كان للميت مع ذلك ابن معروف فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن أسوأ الحالين للخنثى أن يكون أنثى هاهُنا.

وتكلموا فيما إذا كان الخنثى حيًّا، يتوهم أن يستبين أمره في الباقي أنه كيف يقسم المال بينهما؟ فمنهم من يقول: يدفع الثلث إلى الخنثى والنصف إلى الابن، ويوقف السدس إلى أن يستبين أمره؛ لأن المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف إلى أن يتبين المستحق، كما في الحمل والمفقود فإنه يوقف نصيبهما إلى أن يتبين حالهما، وأكثرهم على أنه يدفع ذلك إلى الابن؛ لأن سبب استحقاقه لجميع المال وهو البنوة معلوم، فإنما ينتقص من حقه بمزاحمة حق الغير، والخنثى ما زاحمه إلا في الثلث، فما وراء ذلك يبقى مستحقًّا له.

يوضحه: أنا حكمنا بكون الخنثى أنثى حيث أعطيناه الثلث مع الابن، وبعد ما حكمنا بالأنوثة في حقه يعطى الذكر ضعف ما تعطى الأنثى، وبه فارق الحمل والمفقود فإنا لم نحكم فيهما بشيءٍ من موت أو حياة، فلهذا يوقف نصيبهما.

وإذا دفع الثلثان إلى الابن هل يؤخذ منه الكفيل؟ قال بعض مشايخنا: هو على الخلاف المعروف في الدعوى أن القاضي إذا دفع المال إلى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلًا في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه، وقيل: بل هاهُنا يحتاط في أخذ الكفيل عندهم جميعـًا، وإنما لم يجوز أبو حنيفة رحمه الله أخذ الكفيل هناك للمجهول، وهنا إنما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه، وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى، فيأخذ من الابن كفيلًا لذلك، فإن تبيَّن أن الخنثى ذكر استرجع ذلك من أخيه، وإن تبيَّن أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن.

وذكر في «شرح الطحاوي» تفسير أبي يوسف قول الشعبي رحمهما الله، ثم قال: وأخذ به أبو يو سف رحمه الله، وفي قوله الأول وهو قول أبي حنيفة و محمد رحمهماالله المال بينهما أثلاثـًا للذكر مثل حظ الأنثيين.

وَقَالَا: لِلْخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَى، وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ.
وَاخْتَلَفَا فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، قَالَ مُحَمَّدٌ: الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا لِلِابْنِ

وذكر في «الفرائض» المنسوبة للإمام سراج الدين رحمه الله: للخنثى المشكل أقل النصيبين، يعنِي: أسوأ الحالين عند أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله، وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم.

وبهذه الروايات تعلم أن ما ذكره في الكتاب من إلحاق قول محمدٍ بقول أبي يوسف رحمهما الله بقوله: وَقَالَا: لِلْخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَى، وقع مخالفاً لهذه الروايات.

فإن قلتَ: لا كذلك بل في عامة روايات الكتب دليل على أن محمدًا مع أبي يوسف رحمهما الله في حكم هذه المسألة؛ لأنَّهما يفسران قول الشعبي رحمه الله وهو مسطور في عامة الكتب بعد ما اتفقا في قول الشعبى رحمه الله بأن: لِلْخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَى، وإن اختلفا في تخريجه فكان تفسير كل واحد منهما مذهباً لذلك المفسر، فإنه إن لم يكن كذلك فأية حاجته تدعوهما إلى تفسير قوله، فحينئذٍ ما ذكره في الكتاب لا يكون مخالفاً لما ذكره في عامة الكتب.

قلتُ: إنما احتمل ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله، وليس هو كذلك في قول محمد رحمه الله، بل تفسيره راجع إلى ما يحتمل قوله ذلك الوجه عند محمد رحمه الله لا أن يكون ذلك قوله، وبه صرَّح في «المبسوط» بعد ما ذكر تفسير محمد قولَ الشعبي رحمهما الله فقال: فقد فسَّر محمد قول الشعبي رحمهما الله بِهذا ولم يأخذ به.

ثم ذكر تفسير أبي يوسف رحمه الله وقال بعده: وأشار في «الأصل» إلى رجوع أبي يوسف إلى التفسير الذي ذكره محمد لقول الشعبي رحمهم الله، قالوا: وهذا غلط، والصحيح أن رجوعه إلى التفسير الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله فإنه رجع إلى قول الشعبي ثم فسر قوله بما ذكرنا عنه.

قوله: قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا، فتقديم قول محمد

سَبْعَةٌ وَلِلْخُنْثَى خَمْسَةٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةٍ لِلابْنِ أَرْبَعَةٌ وَلِلْخُنْثَى ثَلاثَةٌ؛ لِأَنَّ الِابْنَ يَسْتَحِقُّ كُلَّ المِيرَاثِ عِنْدَ الِانْفِرَادِ وَالخُنْثَى يَسْتَحِقُّ ثَلاثَةُ الأَرْبَاعِ، فَعِنْدَ الِاجْتِمَاعِ يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا هَذَا يَضْرِبُ بِثَلاثَةٍ وَذَلِكَ يَضْرِبُ بِأَرْبَعَةٍ فَيَكُونُ سَبْعَةً.

رحمه الله مع تأخير تعليله يدل على أن المختار عند المصنف قول محمد رحمهما الله، فبيان قول محمد رحمه الله ظاهر؛ لأن الخنثى إن كان ذكرًا فالمال بينهما نصفين، وإن كان أنثى فالمال بينهما أثلاث فيعطيه نصف كل حالة، فاحتجنا إلى حساب ينقسم نصفه نصفين وثلثه نصفين وأقل ذلك اثني عشر، فإن كان الخنثى ذكرًا فله ستة من اثني عشر، وإن كان أنثى فله أربعة، فإمَّا أن يقول: له نصف أربعة فهو سهمان، ونصف ستة وهو ثلاثة فذلك خمسة، وللابن نصف ثمانية ونصف ستة فيكون له سبعة.

أو نقول: الثلث متيقن به للخنثى وهو أربعة، وما زاد على ذلك إلى تمام النصف وذلك سهمان يثبت في حال دون حالٍ، فينتصف فيكون له خمسة والباقي وهو سبعة للابن، قد فسَّر محمد قول الشعبي رحمهما الله بهذا ولم يأخذ به.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةٍ لِلابْنِ أَرْبَعَةٌ وَلِلْخُنْثَى ثَلاثَةٌ، لِأَنَّ الِابْنَ يَسْتَحِقُّ كُلَّ المِيرَاثِ عِنْدَ الِانْفِرَادِ وَالخُنْثَى يَسْتَحِقُّ ثَلاثَةُ الأَرْبَاعِ؛ لأن الخنثى في حال ابن وفي حال بنت، وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون هو ثلاثة أرباع ابن، فكأنه اجتمع ابن وثلاثة أرباع ابن، فيجعل لكل ربع من الابن سهم، فللابن الكامل أربعة أسهم ولثلاثة أرباع ابن ثلاثة فذلك سبعة.

أو نقول: إن الله تعالى جعل للذكر مثل حظ الأنثيين فكان الذكر بمنزلة الأنثيين، وإحدى الأنثيين في حق الخنثى معلومة وفي الأخرى ثابتة في حال دون حال فينتصف، فيكون الخنثى بمنزلة أنثى ونصف، ولو تصور اجتماع بنت ونصف مع ابن فإنه يكون المال بينهما على سبعة أسهم، للابن أربعة وللبنت نصف وثلاثة، فهاهُنا أيضًا يقسم المال بينهما

وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الخُنْثَى لَوْ كَانَ ذَكَرًا يَكُونُ المَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى يَكُونُ المَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا احْتَجْنَا إِلَى حِسَابٍ لَهُ نِصْفٌ وَثُلُثٌ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ سِتَّةٌ، فَفِي حَالٍ يَكُونُ المَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةٌ، وَفِي حَالٍ يَكُونُ أَثْلَاثًا

على سبعة أسهم، كذا في «المبسوط».

وحاصله أن على قول محمد رحمه الله للخنثى خمسة من اثني عشر، وعلى قول أبِي يوسف رحمه الله ثلاثة من سبعة، مع اتفاقهما على أن في قول الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى.

ثم التفاوت بين تخريجهما أنه على تخريج قول أبي يوسف رحمه الله ما كان يصيب الخنثى أكثر ممَّا يصيبه على قول محمد رحمه الله؛ فإن ثلاثة من سبعة أكثر من خمسة من اثني عشر؛ لأنا لو زدنا نصف سبع على ثلاثة أسباع يصير نصف المال، والخمسة لا تصير نصف المال إلا بزيادة سهم من اثني عشر وهو نصف السدس، ونصف السدس أكثر من نصف السبع، فثبتَ أن ما قاله أبو يوسف رحمه الله أنفع للخنثى.

والطريق الواضح فيه أن يضرب السبعة في الاثني عشر من حيث لا موافقة بينهما، فيصير المجموع أربعة وثمانين، ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في الاثني عشر، وحصة الخنثى ثلاثة من سبعة فاضربه في اثني عشر فيكون ستة وثلاثين، واضرب حصة من كان له شيء من الاثني عشر في السبعة، وللخنثى خمسة من اثني عشر فاضربه في السبعة فيكون خمسة وثلاثين، فظهرَ أن التفاوت سهم من أربعة وثمانِين سهماً، كذا قاله الإمام مولانا حميد الدين رحمه الله.

ثم نذكر هاهُنا مسائل تتعلق بالخنثى وهي لم تذكر في الكتاب.

وذكر في «المبسوط»: وإن قبَّله رجل بشهوة لم يتزوج أمه حتى يستبين أمره؛ لأنه إن كان أنثى فتقبيله بعدما راهق يثبت حرمة المصاهرة، فتكون أمه حراماً عليه من هذا الوجه، وترك نكاح امرأة تحل له أوْلَى من نكاح امرأة هي محرمة عليه.

لِلْخُنْثَى سَهْمَانِ وَلِلِابْنِ أَرْبَعَةٌ، فَسَهْمَانِ لِلْخُنْثَى ثَابِتَانِ بِيَقِينٍ. وَوَقَعَ الشَّكُّ فِي السَّهْمِ الزَّائِدِ فَيَتَنَصَّفُ فَيَكُونُ لَهُ سَهْمَانِ وَنِصْفٌ فَانْكَسَرَ فَيُضَعَّفُ لِيَزُولَ الْكَسْرُ فَصَارَ الحِسَابُ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ لِلْخُنْثَى خَمْسَةٌ وَلِلِابْنِ سَبْعَةٌ.

وإن زوَّجه أبوه رجلًا أو امرأةً ولا علم له بنكاحه فهو موقوف إلى أن يبلغ؛ لأن الذكر يدخل في النكاح دخول المالكين، والأنثى تصير مملوكةً بالنكاح، ولا يمكن إثبات واحدٍ من الوصفين في حقه من غير دليل، ولا وجه لإبطال نكاح الولي في حال قيام ولايته ما لم يعلم أنه لم يصادف محله فيكون موقوفًا إلى أن يبلغ، فإن ظهرت فيه علامة الرجال وقد زوَّجه أبوه امرأةً حكم بصحة النكاح من حين عقد الأب؛ لأنه تبين أن تصرفه صادف محله، وإن لم يصل إليها أُجِّل كما يُؤجل العنين.

وإذا كان زوجه رجلًا ثم ظهر علامة الرجال فقد تبيَّن أن هذا التصرف لم يصادف محله فكان باطلًا.

وإذا زوج خنثى من خنثى وهما مشكلان على أن أحدهما رجل والآخر امرأة لم أجز النكاح ولم أبطله، حتى يتبين أمرهما؛ لأن العقد صدر من الوليين فلا يحكم ببطلانه ما لم يعلم أنه لم يصادف محله، ولا نحكم بجوازه لتوهم كونهما أنثيين، أو ذكرين، أو على عكس ما قدره الوليان، وإذا ماتا لم يتوارثا؛ لأن الإرث إنما يكون بعد الحكم بالصحة.

وإن قذفه رجل فلا حدَّ على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء إذا قذفهما رجل؛ وهذا لأن القاذف يستوجب الحد بنسبة الرجل إلى فعل يباشره، وبنسبة المرأة إلى التمكين من فعل باشره غيرها، ومع اشتباه أمره لا يتقرر السبب، ولا يدرى أن قاذفه إلى أي فعل نسبه، فإن كان قد نسبه إلى مباشرة الفعل وهو امرأة كان قد نسبه إلى محالٍ فيكون بمنزلة قاذف الرتقاء والمجبوب، وإن كان قد نسبه إلى التمكين وهو رجل كان قد نسبه إلى ما هو قاصر في حقه غير موجب للحد عليه، وعند اشتباه الأمر لا يمكن إقامة الحد على القاذف.

وذكر في «الذخيرة»: وكذلك لو قذف رجل الخنثى المشكل لا يجب الحد؛ لأنه قذف

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الحَاجَةَ هَاهُنَا إِلَى إِثْبَاتِ المَالِ ابْتِدَاءً، وَالأَقَلُّ وَهُوَ مِيرَاثُ الأُنْثَى مُتَيَقَّنٌ بِهِ، وَفِيمَا زَادَ عَلَيْهِ شَكٌّ، فَأَثْبَتْنَا المُتَيَقَّنَ بِهِ قَصْرًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ المَالَ لا يَجِبُ بِالشَّكِّ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ الشَّكُّ فِي وُجُوبِ المَالِ بِسَبَبٍ آخَرَ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِالمُتَيَقَّنِ، كَذَا هَذَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ الأَقَلَّ لَوْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا فَحِينَئِذٍ

غير المحصن؛ لأن البلوغ من إحدى شرائط إحصان القذف كالإسلام، والخنثى المشكل إنما يكون قبل البلوغ على ما عليه الظاهر، وقذف غير المحصن لا يوجب الحد على القاذف، وأمَّا إذا كان القذف بعد بلوغ الخنثى بالسن ولكن لم تظهر فيه علامة يستدل بها على أنه ذكر أو أنثى، فقذف[1] كل منهما يوجب الحد.

وذكر في «المبسوط»: وإذا قطع رجل يده، أو امرأة قبل أن يستبين أمره، فلا قصاص على القاطع، فقذف الخنثى رجلًا أو قذفه رجل قال في الكتاب: هذا والأول سواء، قال مشايخنا: أراد بهذه التسوية في حق قاذف الخنثى، فإنه لا حد على قاذف الخنثى لا قبل البلوغ ولا بعد البلوغ إذا كان حاله بعد البلوغ مشكلًا؛ لأن الخنثى وإن صار محصناً بالبلوغ إلا أنه إذا لم يظهر عليه علامة الأنوثة أو الذكورة يجوز أن يكون رجلًا أو امرأةً، فإن كان رجلًا فهو بمنزلة المجبوب؛ لأنه لا يمكنه أن يجامع كالمجبوب، وإن كان امرأةً فهي بمنزلة المرأة الرتقاء؛ لأنَّها لا تجامع كالرتقاء، ومن قذف رجلًا مجبوباً أو امرأةً رتقاء لا حد عليه؛ لما مرَّ في كتاب القذف.

وأمَّا إذا كان الخنثى هو القاذف وقد قذف رجلًا قبل البلوغ لا حدَّ عليه؛ لأنه صبي أو صبية، وبعد البلوغ يجب عليه الحد؛ لأنه بمنزلة مجبوب بالغ أو رتقاء بالغة، والمجبوب البالغ أو الرتقاء البالغة إذا قذفا إنساناً يجب عليهما الحد.

وذكر في «المبسوط»: وإذا قطع رجل يده أو امرأة قبل أن يستبين أمره فلا قصاص على

---

(١) قوله: فقذف كل منهما يوجب الحد، إلى قوله: فلا قصاص على القاطع فقذف الخنثى، حوالى سطرين ساقط في أكثر النسخ، وأثبتناه من نسخة يوسف آغا (يغ).

يُعْطَى نَصِيبَ الِابْنِ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ لِكَوْنِهِ مُتَيَقَّنًا بِهِ، وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الوَرَثَةُ زَوْجًا، وَأُمًّا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَى أَوِ امْرَأَةً وَأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَى. فَعِنْدَنَا فِي الأُولَى لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَالبَاقِي لِلْخُنْثَى، وَفِي الثَّانِيَةِ لِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ وَلِلْأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ الثُّلُثُ وَالبَاقِي لِلْخُنْثَى؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ النَّصِيبَيْنِ فِيهِمَا.

القاطع؛ لأن حكم القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكورة والأنوثة، ولا يجري القصاص بين الرجال والنساء في الأطراف، فإن كان القاطع رجلًا لا يجب القصاص إذا كانت هي امرأة، وإن كان القاطع امرأةً لا يجب القصاص إذا كان هو رجلًا، فعند الاشتباه تتمكن فيه الشبهة، والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات، وبه فارق القصاص في النفس؛ فإنه لا يختلف بالذكورة والأنوثة سواءٌ قتله رجل أو امرأة كان عليه القصاص، لتيقننا بوجوبه وتقرر سببه.

ولو قطع هذه الخنثى يد رجل أو امرأة أو قتله لم يكن عليه قصاص، ولكن الدية على عاقلته؛ لأنه صغير لم يبلغ فعمده وخطؤه سواء.

ولا يرث الخنثى بولاء العتق ما لم يستبن أمره؛ لأنه في حكم الميراث أنثى.

ولو أوصى رجل لما في بطن امرأة بألف درهم إن كان غلامـًا، وبخمسمائة إن كان جارية، فولدت خنثى، قال أبو يوسف رحمه الله: توقف الخمسمائة الفاضلة في قولنا حتى يتبين أمره؛ لأن الوصية أخت الميراث، وقد جعلناه في الميراث أنثى ما لم يتبين أمره؛ وهذا لأنا لا نعطه إلا المتيقن به والمتيقن به هو الأقل، وفي قياس قول الشعبي رحمه الله ينبغي أن يكون له سبعمائة وخمسون؛ لأنه يجعل الخنثى في الميراث بمنزلة نصف رجل ونصف امرأة، فكذلك في الوصية؛ وهذا لأن اعتبار الأحوال عند الاشتباه أصل معتبر في الشرع.

وذكر في «الذخيرة»: ولا تجوز شهادته حتى يدرك؛ لأنه صبي أو صبية، وبعد ما أدرك إذا لم يستبن أمره يعتبر امرأة في حق الشهادة حتى يتبين أمره أنه ذكر؛ لأن هذا القدر من شهادته متيقن فيه، والزيادة مشكوك فيها، والله تعالى أعلم بالصواب.

(مَسَائِلُ شَتَّى)

قَالَ: (وَإِذَا قُرِئَ عَلَى الأَخْرَسِ كِتَابُ وَصِيَّتِهِ فَقِيلَ لَهُ أَنَشْهَدُ عَلَيْكَ بِمَا فِي هَذَا الكِتَابِ فَأَوْمَأَ بِرَأْسِهِ: أَيْ نَعَمْ أَوْ كَتَبَ، فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ المُجَوِّزَ إِنَّمَا هُوَ العَجْزُ وَقَدْ شَمِلَ الفَصْلَيْنِ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ الأَصْلِيِّ وَالعَارِضِيِّ كَالوَحْشِيِّ وَالمُتَوَحِّشِ مِنَ الأَهْلِيِّ فِي حَقِّ الذَّكَاةِ.

مسائلُ شتى

وإيراد مسائل شتى في آخر الكتب من دأب المصنفين، خصوصاً ما إذا انتهت «الهداية» نِهايتها.

قوله: فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ فَهُوَ جَائِزٌ، أي: وصيته جائزة بِهذا المقدار، فذكَّرها بتأويل الإيصاء، وإنما قيد بقوله: فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ؛ لأن الذي يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين:

أحدهما: ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار، أي: لا بأن يحرك رأسه عرضاً مثلًا.

والثانِي: ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار، أي: نعم بأن يحرك رأسه طولًا إذا كان ذلك معهودًا منه في نعم.

قوله: وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ، بضم الياء وفتح القاف على بناء المفعول،

وَالفَرْقُ لِأَصْحَابِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - أَنَّ الإِشَارَةَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ إِذَا صَارَتْ مَعْهُودَةً مَعْلُومَةً وَذَلِكَ فِي الأَخْرَسِ دُونَ المُعْتَقَلِ لِسَانُهُ، حَتَّى لَوِ امْتَدَّ ذَلِكَ وَصَارَتْ لَهُ إِشَارَاتٌ مَعْلُومَةٌ قَالُوا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الأَخْرَسِ، وَلِأَنَّ التَّفْرِيطَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهِ حَيْثُ أَخَّرَ الوَصِيَّةَ إِلَى هَذَا الوَقْتِ، أَمَّا الأَخْرَسُ فَلَا تَفْرِيطَ مِنْهُ، وَلِأَنَّ العَارِضِيَّ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ دُونَ الأَصْلِيِّ فَلَا يَتَقَاسَانِ، وَفِي الآبِدَةِ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الأَخْرَسُ يَكْتُبُ كِتَابًا أَوْ يُومِئُ إِيمَاءً يُعْرَفُ بِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَعَتَاقُهُ وَبَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ وَيُقْتَصُّ لَهُ وَمِنْهُ، وَلَا يُحَدُّ وَلَا يُحَدُّ لَهُ) أَمَّا الكِتَابَةُ فَلِأَنَّهَا مِمَّنْ نَأَى بِمَنْزِلَةِ الخِطَابِ مِمَّنْ دَنَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

كذا ذكر في «المغرب» وقال: واعتُقل لسانه: بضم التاء إذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه.

قوله: حَتَّى لَوِ امْتَدَّ ذَلِكَ، أراد به سنة، كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله.

قوله: قَالُوا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الأَخْرَسِ، وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله قال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه؛ لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس، قالوا: وعليه الفتوى، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَفِي الآبِدَةِ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ، وهو ما رُوي عن رافع بن خديج: «أن بعيرًا من إبل الصدقة ندَّ فرماه رجل بسهم وسمَّى فقتله، فقال صلى الله عليه وسلم: إن لهذه أوابد كأوابد الوحش، فإذا فعلت شيئًا من ذلك فافعلوا بِها كما فعلتم بِهذا ثم كلوه»، هكذا ذكر في صيد «المبسوط».

قوله: وَلَا يُحَدُّ، أي: ولا يُحدّ الأخرس إذا كان قاذفًا بالإشارة والكتابة.

قوله: وَلَا يُحَدُّ لَهُ، أي: إذا كان مقذوفًا.

أَدَّى وَاجِبَ التَّبْلِيغِ مَرَّةً بِالعِبَارَةِ وَتَارَةً بِالكِتَابَةِ إِلَى الغُيَّبِ، وَالمُجَوِّزُ فِي حَقِّ الغَائِبِ العَجْزُ وَهُوَ فِي حَقِّ الأَخْرَسِ أَظْهَرُ وَأَلْزَمُ.

ثُمَّ الكِتَابَةُ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبَ: مُسْتَبِينٌ مَرْسُومٌ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النُّطْقِ فِي الغَائِبِ وَالحَاضِرِ عَلَى مَا قَالُوا. وَمُسْتَبِينٌ غَيْرُ مَرْسُومٍ كَالكِتَابَةِ عَلَى الجِدَارِ وَأَوْرَاقِ الأَشْجَارِ، وَيَنْوِي فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ صَرِيحِ الكِتَابَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ. وَغَيْرُ مُسْتَبِينٍ

قوله: وَهُوَ فِي حَقِّ الأَخْرَسِ أَظْهَرُ، أي: العجز في حق الأخرس أظهر من العجز في حق الغائب؛ وذلك لأن الظاهر من حال الغائب أنه يحضر، وأمَّا الأخرس فالظاهر من حاله أنه لا يزول خرسه، فلمَّا قُبِل الكتابة في حق الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء الحضور لَأَن يقبل في حق الأخرس مع يأس زوال الخرس أَوْلَى.

قوله: ثُمَّ الكِتَابَةُ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبَ: مُسْتَبِينٌ - احتراز عن غير المستبين، وهو الكتابة على الهواء والماء - مَرْسُومٌ، أي: معنون، أي: مصدَّر بالعنوان، والعنوان هو أن يكتب في صدره: من فلان إلى فلان.

قوله: وَيَنْوِي فِيهِ، أي: يطلب منه النية فيه.

قوله: بِمَنْزِلَةِ صَرِيحِ الكِتَابَةِ، وهو كقوله: أنتِ بائن، أي: بمنزلة كتابة قولية، أمَّا الكتابة فهيَ ليست بصريحة في الكتابة؛ لأنَّها فعل والكتابة الحقيقية إنما تكون في القول.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: وإذا كتب مستبيناً لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار، أو على التراب، أو على الكاغذ لا على وجه الرسم كان لغوًا؛ لأنه لا عرف في إظهار الأمر بِهذا فلا يكون حجة إلا بالنية والبيان.

وفي «الشافي»: وكذا الصحيح لو كتب الطلاق وغيره، أو ذكر الحق على نفسه، فهو على تلك الوجوه: إن كان مستبيناً مرسوماً وثبت ذلك بإقراره أو ببينةٍ فهو كالخطاب، حتى لو جحد يسعُ لمن شهد كتابته أن يشهد إذا عرف ما في الكتاب.

كَالكِتَابَةِ عَلَى الهَوَاءِ وَالمَاءِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ كَلَامٍ غَيْرِ مَسْمُوعٍ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الحُكْمُ.

وَأَمَّا الإِشَارَةُ فَجُعِلَتْ حُجَّةً فِي حَقِّ الأَخْرَسِ فِي حَقِّ هَذِهِ الأَحْكَامِ لِلْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا مِنْ حُقُوقِ العِبَادِ وَلَا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ، وَقَدْ تَثْبُتُ بِدُونِ اللَّفْظِ. وَالقِصَاصُ حَقُّ العَبْدِ أَيْضًا، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الحُدُودِ؛ لِأَنَّهَا حَقُّ اللهِ تَعَالَى؛ وَلِأَنَّهَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَلَعَلَّهُ كَانَ مُصَدِّقًا لِلْقَاذِفِ فَلَا يُحَدُّ لِلشُّبْهَةِ، وَلَا يُحَدُّ أَيْضًا بِالإِشَارَةِ فِي القَذْفِ لِانْعِدَامِ القَذْفِ صَرِيحًا وَهُوَ الشَّرْطُ.

ثُمَّ الفَرْقُ بَيْنَ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ أَنَّ الحَدَّ لَا يَثْبُتُ بِبَيَانٍ فِيهِ شُبْهَةٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ لَوْ شَهِدُوا بِالوَطْءِ الحَرَامِ أَوْ أَقَرَّ بِالوَطْءِ الحَرَامِ لَا يَجِبُ الحَدُّ، وَلَوْ شَهِدُوا بِالقَتْلِ المُطْلَقِ أَوْ أَقَرَّ بِمُطْلَقِ القَتْلِ يَجِبُ القِصَاصُ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَفْظُ التَّعَمُّدِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ القِصَاصَ فِيهِ مَعْنَى العِوَضِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ شُرِعَ جَابِرًا فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ مَعَ الشُّبْهَةِ كَسَائِرِ

وإن كتب غير مستبين لم يكن إقرارًا، وإن اشهد وقال: كتبتُ كذا فاشهدوا أنّي كتبتُ ذلك وإن كان مستبيناً غير مرسوم، إن اشهد عليه كان إقرارًا؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق، وبالإشهاد يقع البيان.

ولو كتب ذكر حق بين يدي قوم وهم يعرفون ما يكتب ثم قال لهم: اشهدوا عليَّ بما فيه، يصح الإشهاد.

وكذا لو أملاه على غيره حتى كتب وهم يعلمون ما ذا يملي ثم أشهدهم.

وفي باب ما يكون إقرارًا: لو كتب على نفسه صكًا بألف لفلان، والقوم ينظرون إليه يعرفون ما يكتب وقال لهم: اشهدوا عليَّ بما فيه كان إقرارًا، فإن لم يقل لهم: اشهدوا هل يكون ذلك إقرارًا؟

ذكر أبو الُيسر رحمه الله: قيل: لا يكون ذلك إقرارًا، وقيل: يكون؛ لأن الظاهر يدل

الْمُعَاوَضَاتِ الَّتِي هِيَ حَقُّ العَبْدِ. أَمَّا الحُدُودُ الخَالِصَةُ لِلَّهِ تَعَالَى فَشُرِعَتْ زَوَاجِرَ وَلَيْسَ فِيهَا مَعْنَى العِوَضِيَّةِ فَلَا تَثْبُتُ مَعَ الشُّبْهَةِ لِعَدَمِ الحَاجَةِ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ أَنَّ الكِتَابَ مِنَ الغَائِبِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي قِصَاصٍ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الجَوَابُ هُنَا كَذَلِكَ فَيَكُونُ فِيهِمَا رِوَايَتَانِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُفَارِقًا لِذَلِكَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الوُصُولُ إِلَى نُطْقِ الغَائِبِ فِي الجُمْلَةِ لِقِيَامِ أَهْلِيَّةِ النُّطْقِ، وَلَا كَذَلِكَ الأَخْرَسُ لِتَعَذُّرِ الوُصُولِ إِلَى النُّطْقِ لِلْآفَةِ المَانِعَةِ.

وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الإِشَارَةَ مُعْتَبَرَةٌ وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مَا تَوَهَّمَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - أَنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ الإِشَارَةُ مَعَ القُدْرَةِ عَلَى الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَلَا ضَرُورَةَ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ هَاهُنَا بَيْنَهُمَا فَقَالَ: أَشَارَ أَوْ كَتَبَ، وَإِنَّمَا اسْتَوَيَا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَفِي الكِتَابَةِ زِيَادَةُ بَيَانٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الإِشَارَةِ، وَفِي الإِشَارَةِ زِيَادَةُ أَثَرٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الكِتَابَةِ لِمَا أَنَّهُ أَقْرَبُ

على أن المال عليه، والأحكام تبتني على ما عليه الظاهر.

قوله: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الجَوَابُ هُنَا كَذَلِكَ - أي: لا يكون حجةً - فَيَكُونُ فِيهِمَا رِوَايَتَانِ، أي: في الأخرس، والغائب غير الأخرس.

قوله: وَفِي الكِتَابَةِ زِيَادَةُ بَيَانٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الإِشَارَةِ؛ لأن فصل البيان في الكتابة معلوم حسًّا وعياناً.

قوله: وَفِي الإِشَارَةِ زِيَادَةُ أَثَرٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الكِتَابَةِ؛ وذلك لأن الأصل في البيان هو الكلام؛ لما أن الموضوع للبيان ذلك، ثم الإشارة أقرب إلى الكلام من الكتابة؛ لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام وهي منفصلة عن المتكلم، وأمّا العلم الحاصل بالإشارة حاصل بما هو متصل بالمتكلم، وهو إشارته بيده أو برأسه، فكان المتصل بالمتكلم أقرب

إِلَى النُّطْقِ مِنْ آثَارِ الأَقْلَامِ فَاسْتَوَيَا (وَكَذَلِكَ الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ لِعَارِضٍ) لِمَا بَيَّنَّا فِي المُعْتَقَلِ لِسَانُهُ أَنَّ آلَةَ النُّطْقِ قَائِمَةٌ، وَقِيلَ هَذَا تَفْسِيرٌ لِمُعْتَقَلِ اللِّسَانِ. قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ الغَنَمُ مَذْبُوحَةً وَفِيهَا مَيْتَةٌ فَإِنْ كَانَتِ المَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ تَحَرَّى فِيهَا وَأَكَلَ، وَإِنْ كَانَتِ المَيْتَةُ أَكْثَرَ أَوْ كَانَا نِصْفَيْنِ لَمْ يَأْكُلْ) وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الحَالَةُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ. أَمَّا فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ يَحِلُّ لَهُ التَّنَاوُلُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ المَيْتَةَ

إليه من المنفصل منه، فكان الاعتبار لما هو الأقرب إلى الموضوع للبيان أَوْلَى من اعتبار غير الأقرب إليه.

ولأن الإشارة تقع معتبرة مع القدرة على البيان من كل وجه، ألا ترى أن أفصح العرب النبي صلى الله عليه وسلم كيف اعتبر الإشارة في قوله: «الشهر هكذا وهكذا».

قوله: وَكَذَلِكَ الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ لِعَارِضٍ، أي: لا يجوز إقراره بأن أومأ برأسه، أي: نعم، أو كتب وهو معطوف على ذلك.

قوله: فَإِنْ كَانَتِ المَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ تَحَرَّى فِيهَا وَأَكَلَ، وَإِنْ كَانَتِ المَيْتَةُ أَكْثَرَ أَوْ كَانَا نِصْفَيْنِ لَمْ يَأْكُلْ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين الثياب، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر، ولا مميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما، فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر، فقد جوَّز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين، وفي المذكَّاة والميتة لم يجوز؟

قلتُ: وجه الفرق بينهما هو أن حكم الثياب أخف من غيرها؛ لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها، ثم لا يعيد صلاته؛ لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف المساليخ، والحاصل أنه يتحرى في الثياب بكل حال سواء كانت الغلبة للطاهر، أو للنجس، أو استويا؛ لما ذكرنا أن حكمها أخف، ألا ترى أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس، فإن كانت ثلاثة أرباعه نجسًا وربعه طاهرًا يصلي في ذلك بلا خيار بالإجماع،

الْمُتَيَقَّنَةَ تَحِلُّ لَهُ فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ، فَالَّتِي تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ذَكِيَّةً أَوْلَى، غَيْرَ أَنَّهُ يَتَحَرَّى؛ لِأَنَّهُ طَرِيقٌ يُوَصِّلُهُ إِلَى الذَّكِيَّةِ فِي الْجُمْلَةِ فَلَا يَتْرُكُهُ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ الأَكْلُ فِي حَالَةِ الِاخْتِيَارِ وَإِنْ كَانَتِ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ؛ لِأَنَّ التَّحَرِّيَ دَلِيلٌ ضَرُورِيٌّ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَلا ضَرُورَةَ؛ لِأَنَّ الحَالَةَ حَالَةُ الِاخْتِيَارِ.

وَلَنَا أَنَّ الغَلَبَةَ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ فِي إِفَادَةِ الإِبَاحَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ أَسْوَاقَ الْمُسْلِمِينَ لا تَخْلُو عَنِ الْمُحَرَّمِ الْمَسْرُوقِ وَالْمَغْصُوبِ وَمَعَ ذَلِكَ يُبَاحُ التَّنَاوُلُ اعْتِمَادًا عَلَى الغَالِبِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ القَلِيلَ لا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ وَلا يُسْتَطَاعُ الِامْتِنَاعُ مِنْهُ فَسَقَطَ

ولا يصلي عرياناً، وأمَّا إذا كانت أكثر من ثلاثة أرباعه نجساً، أو كان كله نجساً فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يخير بين الصلاة فيه وبين الصلاة عرياناً قاعدًا بالإيماء؛ لما عرف، فلمَّا جازت الصلاة في ثوب نجس فلأَن تجوز بالتحري فيه حالة الاشتباه أَوْلَى.

وهذا بخلاف الماء الطاهر إذا اختلط بالماء النجس بالأواني، إن كانت الغلبة للطاهر بأن كان معه ثلاثة أوان، وفي الكل ماء أحدها نجس والآخران طاهران ولا يعرف الطاهر من غيره، فإنه يتحرى ويتوضأ؛ لأن الحكم للغالب وباعتبار الغالب لزمه استعمال الماء الطاهر، وإصابته بتحريه مأمولة، وإن كانت الغلبة للأواني النجسة، أو كانا سواء فليس له أن يتحري عندنا، وعلى قول الشافعي رحمه الله يتحرى ويتوضأ بما يقع تحريه أنه طاهر، وهذا ومسألة المساليخ سواء.

والفرق بين مسألة الثياب وبين مسألة الأواني هو أن الضرورة لا تتحقق في الأواني؛ لأن التيمم طهور له عند عجزه عن الماء الطاهر، فلا يضطر إلى استعمال التحري للوضوء عند غلبة النجاسة، أو مساواتها؛ لأنه أمكنه إقامة الفرض بالبدل، حتى أن مسألة الأواني لمَّا كان تتحقق الضرورة في الشرب عند العطش لعدم الماء الطاهر، جاز له أن يتحرى للشرب؛

اعْتِبَارُهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ كَقَلِيلِ النَّجَاسَةِ وَقَلِيلِ الِانْكِشَافِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا نِصْفَيْنِ أَوْ كَانَتِ المَيْتَةُ أَغْلَبَ؛ لِأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ المَرْجِعُ وَالمَآبُ.

❊ ❊ ❊

لأنه لمَّا جاز له شرب الماء النجس عند الضرورة فلَأَن يجوز له التحري وإصابة الطاهر بتحريه مأمولة أَوْلَى.

هذا ممَّا أشار إليه الإمام المحقق الربانِي، والمقتدي المدقق الصمدانِي، شمس الأئمة، أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي في «المبسوط»، والإمام الأجل جمال الدين عبيد الله بن إبراهيم المحبوبي، رحمهما الله في «الجامع الصغير»، والله أعلم، وأحكم، وأعزُّ، وأكرم، وهو وليُّ النِّعم.(١)

تم الكتاب

---

(١) في نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢) بعد هذا:

انجزت هذه المجلدة يوم الاثنين سلخ رمضان المعظم سنة خمسين وثمانمائة (٨٥٠ هـ)، والحمد لله وحده، على يد العبد الفقير إلى الله تعالى سليمان بن إسحاق الخيري الشافعي، عفا الله عنه وغفر له ولمن كُتبت لأجله ولجميع المسلمين، آمين، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وحسبي الله ونعم الوكيل.

خاتمة الكتاب

وعند[١] انتهاء الوعد الكريم، من نسج الحلل التي لا يبليها الزمان، ولا يحيط بوصفها اللسان، قال سيدنا العلامة، ملك العُلماء شرقاً وغرباً، صدر صدور الأئمة وراثةً وكسباً، فريد الدهر ووحيد العصر، الشيخ حسام الدين، بركة الإسلام والمسلمين، لا زال كعب الإسلام بسماعه غالباً، وقعب الأنام من أياديه مالياً[٢]، فقد أسبغ على أولي الفضل ظلال الإكرام، وأفرغ على ذوي العلم سجال الإنعام، ومن أوضحها غرورًا، وأبينها أثرًا، إصغاؤه كلام الضعفاء، وإحياؤه معالم العلم بعد العفا.[٣]

يقول العبد الضعيف، الحنيف اللهيف، حُسين بن علي بن حجاج بن علي السغناقي،

(١) قوله: وعند انتهاء الوعد الكريم، إلى قوله: يقول العبد الضعيف إلخ، غير موجود في بعض النسخ، وهو كما يظهر إدراج من بعض تلامذة الشارح رحمه الله في الكتاب، وأثبتناه من نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١)، ومراد ملا - الأولى (م١).

(٢) في نسخة مراد ملا - الأولى (م١): ووقعت الأيام من أياديه نالياً.

(٣) وورد هذا المدح في نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢)، ونسخة داماد إبراهيم - الأولى (د١) وغيرهما، بألفاظ متغايرة هكذا:

يقول علامة العالم، وإنسان غير الأمم، تذكرة القُدماء، وبقية العُلماء، حالّ النكات، وكاشف المشتبهات، جايب أدوية الروايات، وناقض أوعية أودية الدرايات، قانص شوارد المبانِي، وغايص بحار المعانِي، صدر الحنفية وإمامُهم، ومقدمهم ومعدامهم، منجح آمال الطلبة بإنالتهم الطلبة، خلف العُلماء المبرزين، والفقهاء الممزين، مولانا حسام الملة والدين، أدام الله مصنَّفاته على كافة المسلمين، وحلاه بأبْهى حلاه، وأواه في أرفع مأواه، إدامة موصولة الأوصال، ما تناوب الغدوّ والآصال، هذا ما انتهيتُ إليه من عمل «النهاية»، إلخ.

آمنه الله من عَلَزات[١] يوم التناد، ومن افتضاح يوم الإشهاد، هذا آخر ما انتهيتُ إليه من عمل «النهاية» في شرح «الهداية»، في أواخر ربيع الأول، من شهور سنة سبع مائة (٧٠٠هـ) بتوفيق الله العزيز الغفور، الرحيم الشكور، بعدما امتدت مقاساتِي بشدائد الدهور المُعَقْفِرَة[٢]، وطال تجشمي بتجرع الغصص المبعثرة، وازداد تملمُلي فيما يدهانِي ما تجاوز الحد والفرط، دون عُليَّان القتادة والخرط[٣].

فكم من ليلة أحييتُها طالباً للرواية في ضوء السراج، ليقع أمر كتابي هذا على وضح المحجَّة وسواء المنهاج، ويتحزَّم به من يستوثق في أمره اللجلاج، وكنتُ أتصبَّبُ عرقاً في ليالي مَعْمَعَان[٤] الصيف، وما كنتُ أتنسم من الرياح إلا ريح الهَيْف، فربما لم أظفر بها وإن ابتغيتُها إلى الصباح، ومن الصباح إلى الرواح، ثمَّ لو استبَنْتُ ما ابتغيتُه، في أنحاء روايات الكتب المبسوطة، بعد طول الحبسة انتهَبْتُه، استنفالاً لما بين الحُذيا والخُلسَة، واستبشرتُ به فرحاً لا يوازيه فرح الثَّكلَى[٥]، عند إصابة ولدها المفقود في الغطشى، وأثبتُّه في كتابي هذا قبل أن تقشع حاجبيه القُصَّة، وناجيتُ الذهن بأن بارد الفرصة قبل أن تعود الغُصَّة.

مع ما أنِّي مُنِيتُ بدهرٍ يعزُّ عند بنيه الثَّمد فكيف الزغارب[٦]، ودُفعتُ إلى زمان أربَّتْ

---

(١) في نسخة عاطف أفندي (عط)، ومراد ملا - الثالثة (م٣) تحت السطر: أي: الشدائد، وفي هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): العلزات: أي: الشدائد، من قولهم: باتَ فلان علزًا، أي: وجعاً وقلقاً لا ينام.

(٢) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): المعقفرة: يقال: عقفرته الدواهي: أي: صرعته وأهلكته الدهي، أصابه البلاء من حد فتح.

(٣) عُلَيَّانَ الْقَتَادَةُ والْخَرْطُ: قاله كُلَيب حين سمع جساساً يقول لخالته: ليقتلن غدًا فحل هو أعظم شأناً من ناقتك، فظنَّ أنه يتعرض لفحل كان له يسمى عليان، والخرط أن تمر يدك على القتادة من أعلاها إلى أسفلها حتى ينثر شوكها، وهذا مثلٌ يُضرب للأمر الشاق المضطرب.

(٤) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): المعمعان: شدة الحر في الصيف.

(٥) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): الثكلى: المرأة التي فقدت ولدها.

(٦) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): الثمد: الماء القليل، والزغارب: الماء الكثير.

بالكلاب الثعالب[١]، بحيث لا تركنُ من أحدهم شفقةً، بالإحسان على أهل العلم ولا همة، فابتُلوا لذلك بقوم لا يرقبون إلًّا ولا ذمة، إلا من وفقه الله تعالى وهو قليل نادر، بأن يُخالف فعلُه فعلَ الحضور، قال الله تعالى: ﴿وَقَلِيلٌ مِّنْ عِبَادِيَ ٱلشَّكُورُ ۝١٣﴾ [سبأ: ١٣].

ثم إنِّي مع هذا لم أرَ تساهل التجاوز عما ينزع إلى نوع من الإغلاق، في اللفظ المُوهم والمعنى المظلم المحتاج إلى الشرح بالإرفاق، والذي دعانِي إلى ما تراه من البسط والتطويل، غير خاشٍ من أن يُهْجر الكتابُ بسبب زيادة الترسل والتفصيل، أمران:

أحدهما: هو ما كان من شدَّة شغفي إلى مطالعة الكتب المبسوطة، وزيادة حرصي إلى حَوْز الأسوِلَة الموجَّهة الملقوطة، أوانَ ما كنتُ عند حضرة أستاذي الحاذق الماهر، البارعُ الباهر، فاتح العويصات الفقهيَّة، كاشف المشكلات المليَّة، سلطان أهل الحقائق، معدن الدلائل والدقائق، مولانا فخر الدين المايمَرْغي، رضي الله عنه وأثابه الجنة، مع أصحابيَ المنتهين في أنواع العلوم، المبرِّزين في فتح المكنون والمكتوم، فإنَّهم كانوا يوردون في وظيفة السَّبق من الأسولة السراجيَّة، ومن أسنة الأحاجي النافذة، حِدَّة كالحِدَّة الحاجية، وكنتُ على حنقٍ لما أوردوا من فقدان تلك الكتب، وتمنّ لما عسى يلوح إليَّ أيضـًا من تلك الشهب، وكان يتخَشْخَشُ ما في صدري من اللهبان، ولكن حِيلَ بين الْعِيرِ والنَّزَوانِ.[٢]

ولمَّا تيسَّر ذلك التمنَّى حصولًا، وانقشع الغيم نُصولًا، بل ازداد على ما طالعوا عليه من الكتب بأضعافه ازديادًا، واعتلى أمرُ الإتقان عمَّا كانوا عليه اعتمادًا وانتقادًا، بواسطة كُتُب شيخي العالم الربانِي، العامل الصمدانِي، فخر الحاج والحرمين، أستاذ أهل الخافقين، مولانا حافظ الدين البخاري، شكر الله مساعيه، ورزقه مبتغاه ومراضيه، قُضيت

---

(١) زَمَانٌ أَرَبَّتْ بِالِكلَاب الثَّعَالِبُ: يقال: أَرَبَّ به إذا أَلِفَهُ ولزمه، يعني: اشتد الزمانُ وهلك دواب البحر فشبعت الكلابُ وسمِنت من أكل الجيف، وتركت التعرَّض للثعالب، فالحاصل أن هذا مثلٌ يُضْرب أيضـًا فى اشتداد الأمر.

(٢) في هامش نسخة فيض الله أفندي – الأولى (ف١): التخشخش: التحرك، اللهبان: اسم للالتهاب، حِيلَ بين الْعِيرِ والنَّزَوانِ: يُضرب في منع الرجال عن مراده.

الأوطارُ بأبلغ ما توهمتُه، وفُضِّضت المخاتيم بأزيد ما توسمتُه، تشفِّيـًا لوجر الصدر الكامن، وانتصارًا لدرك الثأر القاطن، وإثلاجـًا لصدري ولمن صدرُه يتلَجْلَجُ، وإبْهاجـًا لمن يضطربُ قلبُه ويتَرَجْرجُ، فوقع لذلك ما حُزْتُه طويل الذيل من السؤال والجواب، وأوسع الكنف في البيان وأخصب الجناب.

والثانِي: هو أن شيخى هذا رضي الله عنه فوَّض إليَّ قلم الفتوى، وخصَّني من بين أصحابي بِهذه الجدوى، حال عنفوان شبابي نيابة عن نفسه المطمئنة، وذاته الشريفة المرقيَّة، حين صار هو مدارًا للفتوى شرقـًا وغربـًا، ومرجعـًا لحل مشكلات أهل البلاد الدانية والشاسعة قَهْبـًا وسَهْبـًا، والمقتبسون من أنوار علمه متوافرون، والمستميحون من فنون فضله متكاثرون، وطالَ ما كنتُ أتعبتُ نفسي في طلب المختارات من أجوبة الحوادث الشرعية، والنوازل الفقهية، على وجه يتميَّزُ صحيحها من فاسدها، ورابحُها من كاسدها، فرُبَّما كان لم يتفق ما ابتغيتُه في ذلك الأوان، ولم أظفر بما فيه ثلجُ صدر الإنسان، فلمَّا ظفرتُ الآن بما فقدتُّ في تلك الحالة، اغتنمتُ وما باليتُ بسوءِ المقالة، وأوردتُّ ما يُؤنس مسألة الكتاب إيضاحـًا وإتقانـًا، ولم أقصر فيما يحتاج إليه إحكامـًا وإرصانـًا، فلذلك برزت نسختي هذه حايزة للدراية والرواية، وناصَّة بالبيان الموضِّح لما انغلق من الهداية، وصارت عُدَّة عتيدةً في الفتوى والجواب، وشِكَّةً حاضرة لمن ابتلي بمن يلح بالسؤال والخطاب.

ولِمَا أنَّ الوعدَ كان قد سبقَ منِّي في صدر الكتاب، بتتميم الفسر وشرح الخطاب، ثم لو قصرتُ فيه لعزيتُ إلى المَيْن، مضروبـًا فِيَّ بما قيل: دُهْدُرَّينِ، سَعدُ القَينِ(١)، وهما: الإخلاف في الإنجاز، والإخلال بالإيجاز، فلذلك وقعَ ما وقعَ من الشرح الشافي، والكشف الكافي، ولكن مع ذلك أعلم علمـًا لا يشوبه شيء من الريب، بكم طعَّان يطعنُ فيما جهدتُّ فيه بالقدح والعيب، وأنا لم أعبأ بما هزَوْا فإنه الدُّهْدُن المُقْرع(٢)، وذاك ممَّا غادرت وَهْيَةَ

---

(١) قال الأصمعي: يقال للشيء إذا كان كذبـًا باطلًا: (دُهْدُرَّين، سَعدُ القَينِ، وساعِدُ القَينِ)، ومعناه عندهم الباطل، ولا أدري ما أصله. انظر: تهذيب اللغة للأزهري الهروي (٥/ ٢٣٤).

(٢) الدُّهدُنّ: الباطلُ، والإقراع: الرمي بالفحش.

لا تُرْقَعُ[١]، وهم في ذلك على ما قيل: عَيَّرَ بُجَيْرٌ بُجَرَه، ونَسِيَ بُجَيْرٌ خَبرَه[٢]، وطويتُ ذكرهم وقلتُ:

اعلم أن ما أحلتُ إليه من أسامي الكتب مجموعاً من الاثنين فصاعدًا، فالمراد منه هو أن لا ينقلب المحالُ عمَّا أحيلَ إليه لا زائدًا، وليس المراد أن يكون المحالُ في تلك الكتب مكررًا، بل بقاءُ ما ذُكر فيما أحيل إليه مُخبَّرًا.

وما ذكر (كذا في «المبسوط») وغيره، فالمراد منه عدم التغيير في لفظه وسيره.

وما ذكر بلفظي (هذا ممَّا أشار إليه ...) فالمراد منه ما وقع فيه نوع تغير لمعنًى لديه.

وما ذكر من لفظ (شيخي) فالمراد منه أستاد العالَم، مولانا الإمام، العالِم الربانِي، حافظ الدين البخاري، رضي الله عنه وأثابه الجنة.

وما ذكر من لفظ (الأستاذ) فالمراد منه الإمام المحقق، مولانا فخرالدين المايمَرْغي رضي الله عنه، وقدَّس الله روحه.

وما أورد من الأسولة بلفظ بناء الفاعل والمفعول، فهو على طريقة ما ذكرتُها في «الوافي» على الأصل المنقول، غير أنِّي ألبستُ شبهاتَ الخصم في بعض المواضع لباسَ بناء الفاعل من السؤال، لتخصيص من رغبتُه السؤال في محافل المقال.

وما ذكر من «المبسوط» مطلقاً، فهو المستنير[٣] من بين المباسيط مُهرَقاً، «المبسوط» المنسوب إلى العالم الربانِي، والمحقق الصمدانِي، شمس الأئمة السرخسي رضي الله عنه، وجوزيَ عنِّي خيرًا؛ لما أنه هو الكامل في بيان الحق والباطل، والمطلق ينصرف إلى الكامل،

---

(١) جاء في المثل: غادَرَ وهْيَةً لا تُرْقَعُ، أي: فتَقَ فَتْقاً لا رتْقَ له، يُضرب في الداهية الدهياء، انظر: الأمثال للميدانِي (٢/ ٦٠).

(٢) هذا مثل يُضرب في تعيير الإنسان لصاحبه بعيب هو موجود فيه أيضاً، وجاء في حَدِيث عَليّ رَضِي الله عَنهُ: (إِلَى الله أَشْكُو عجري وبجري)، أَي: مَا أكتمه وأخفيه.

(٣) في بعض النُّسخ: المستبين، وفي بعضها: المُستدير.

وبه ختمتُه مستوفقاً من الله تعالى الصوابَ فيما أكتب وأجيب، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلتُ وإليه أنيب(١)(٢)(٣)، وهو حسبي ونعم الوكيل، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الحبيب، وعلى آله وأصحابه ما طلعت شمس وغاب رقيب.(٤)

❊ ❊ ❊

(١) في آخر نسخة المكتبة الحميدية: تمَّ الجزء الثاني من النهاية في شرح الهداية، للإمام العالِم العلامة، البحر الفهامة، حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي، برَّد الله مضجعه، وبحابيح الجنان أضجعه، على يد أفقر العباد، وأحوجهم إلى رحمة الملك الجواد، موسى بن محمد، غفر الله له، وختم بالصالحات أعماله، الشهير نسبه بعناية الملك الخفي، بابن عطيف الحنفي، في أوائل شهر ذي الحجة الحرام، من شهور سنة أربع وتسعين وتسعمائة (٩٩٤ هـ) ...، والحمد لله رب العالمين.

(٢) في آخر نسخة داماد إبراهيم - الثانية (د٢): تمَّ الدفتر السابع من شرح الهداية كتابةً، من تصنيف الشيخ الإمام العالِم الربانِي، والكامل العامل الصمدانِي، مولانا حسام الملة والدين، رضي الله عنه، وسقي ثراه، وجعل الجنة مثواه، من جهة الأخ المشفق، العالم المحقق، درَّاك سمت الحقائق، ... عبد الرحمان بن عثمان شيخ بن علي السوكحالي، شكر الله مساعيه وزاد معاليه، ... للضعيف النحيف، الراجي رحمة ربه اللطيف، علاء بن شمس الدين بن داود ... السوكحالي، غفر الله له ولوالديه، ومتع بفائدة هذا الكتاب له وأولاده، في ضحوة يوم السبت الثامن عشر من شهر ذي القعدة، في بلدة تباركاى، وكان ذلك في تاريخ سنة عشرين وسبعمائة (٧٢٠ هـ)، اللّهم وفق لي مطالعة هذا الكتاب.

(٣) في آخر نسخة داماد إبراهيم - الأولى (د١): تمت النسخة المباركة يوم الجمعة، الخامس عشر من شهر رجب الفرد، من شهور سنة أربع وثمانين وتسعمائة (٩٨٤ هـ).

(٤) في آخر نسخة السلطان فاتح - الأولى (فح١): الحمد لله الذي وفق بعنايته الجميل ونصرته الجزيل، على إتمام شرح الهداية المسمى بالنهاية، في الرابع عشر من شهر المبارك المحرم، عمت بركاته على أهل الكرم، سنة ثمان وخمسين وسبعمائة (٧٥٨ هـ) من هجرة رسولنا محمد أفصح العرب والعجم، عليه أفضل الصلوات وأكمل التحيات، وعلى آله وأصحابه أهل الكرم والحسنات، وعلى علماء شريعته الذين أعانوا على شرعه بالتقوى والطاعات، وعلى جميع المؤمنين والمؤمنات خصوصاً على صاحب هذا الكتاب، المعين على البر والدين والعلم الفقهيات، وعلى كاتبه المستغفر من العافي الخلاق، أشرف بن عبد الملك النسَّاق، يا عزيز ويا مفيض الخيرات.

صورة إجازة السِّغناقي لابن العديم الحنفي بالنهاية

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول العبد الضعيف جامع النهاية في شرح الهداية حسين بن علي
ابن حجاج بن علي السغناقي غفر الله له ولوالديه لما ساعدتني مساعدة الأمور الاتفاقية وقت
الرجوع من سفر الحجاز ابدى لي ما كان بعيدا من البلاد والبلدان حتى أوقعتني إلى بيت الكرم والشرف
ومعدن الجود واللطف وهو بيت الولد الأعز الأكرم النجيب الأفضل النسيب الإمام بن الإمام
سلالة كرام الأنام يجمع محاسن الشفقة والكرامة معدن فضائل الصفوة والنجابة الجامع لفضائل
شتى في حداثة سنه وعنفوان شبابه وأشار لقصب سبق الكرامة بكمال نصابه من الحلو الحسن والكياسة
الباطنة والعلم الغزير مع السكينة الهادية قاضي القضاة الإمام ناصر الدين أبو عبد الله
محمد بن القاضي كمال الدين أبي حفص عمر بن القاضي عز الدين أبي البركات عبد العزيز بن العديم
بن أبي جرادة الحنفي أعلى الله جلاله كل يوم ونموه وقرن بحصول المنى رواحه وغدوه فإنه سلمه
الله التمس مني أن أوقف في بيته الموصوف بالكرم المنعوت بمعدن الحل والحرم نسخة حتى تحصل له
النهاية في شرح الهداية وأجبته إلى ذلك وكتبت أولها وآخرها بيدي لتكون له تذكرة مني بعدي
ثم إني أجزت له أن يرويها ويروي جميع مجموعاتي ومؤلفاتي خصوصا ويروي أيضا ما كان لي
فيه حق الرواية من الأساتذة رحمهم الله عموما من الكتب الإسلامية والحجج الإلزامية وكان ذلك في غرة شهر الله
المعظم رجب سنة احدى عشرة وسبعمائة وهو حسبي ونعم المعين وهو أرحم الراحمين
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

نصّ ما في الصورة[1]

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول العبد الضعيف جامع «النهاية» في شرح «الهداية»، حسين بن علي بن حجاج بن علي السغناقي، غفر الله له ولوالديه، لمَّا ساعدتني مساعدة الأمور الاتفاقية وقت الرجوع من سفر الحجاز، أميري لي ما كان يصدنِي من المصاد والخلان، حتى أوقعتني إلى بيت الكرم والشرف، ومعدن الجود واللطف، وهو بيت الولد الأعز الأكرم النجيب، الأفضل النسيب، الإمام بن الإمام، سلالة كرام الأنام، مجمع محاسن الخلقة والكرامة، معدن الفضائل الصفوة والنجابة، الجامع لفضائل شتى في حداثة سنة، وعنفوان شبابه، والحايز لقصب سبق الكرامة بكمال نصابه، من الخلق الحسن والكياسة الباطنة، والعلم الغزير مع السكينة الهادية، قاضي القضاة، الإمام ناصر الدين، أبو عبد الله، محمد بن القاضي كمال الدين أبي حفص عمر بن القاضي عز الدين أبي البركات عبد العزيز بن العديم[2] بن أبي جرادة الحنفي، أعلى الله جلاله كل يوم وسموّه، وقرن بحصول المنى رواحه وغدوه.

---

(١) هذا النص من الشارح رحمه الله لم يوجد في أكثر النُّسخ، وأثبتناه من النسخ التالية:

فيض الله أفندي - الثانية، ونسخة المكتبة السليمانية، ونسخة يوسف آغا، ونسخة السلطان فاتح - الثانية، ونسخة قليج علي باشا، ونسخة فاضل أحمد باشا، ونسخة عاشر أفندي (رسالة الكتاب)، ونسخة قره جلبي زاده، وغيرها.

والغالب على الظن أن الصفحة الملحقة بآخر نسخة فيض الله أفندي - الثانية، التي كتب فيها هذا النص بعين خط الإمام الشارح رحمه الله تعالى، ولذا أدرجنا صورته هاهنا آخرًا، والله تعالى أعلم.

(٢) ابن العديم هذا توفي سنة (٧٥٢ هـ)، وهو صاحب كتاب «زبدة الحلب من تاريخ حلب»، وقد مرَّت منَّا ترجمته في مقدمة التحقيق (٤٠-٤١)، فراجعها للمزيد.

فإنه سلمه الله التمس منِّي أن أتوقف في بيته الموصوف بالكرم، المنعوت بمعدن الحل والحرم، حتى تحصل له نسخة «النهاية» في شرح «الهداية»، وأجبتُه إلى ذلك، وكتبتُ أولها وآخرها بيدي، ليكون له تذكرة منِّي من بعدي.

ثم إنِّي أجزتُ له أن يرويَها ويروي جميع مجموعاتِي ومؤلفاتِي خصوصاً، ويروي أيضاً ما كان لي فيه حق الرواية من الأساتذة رحمهم الله عموماً، من الكُتب الإسلامية والحجج الإفحامية.

وكان هذا في غرة شهر الله المعظم رجب، سنة إحدى عشرة وسبعمائة (٧١١ هـ)، وهو حسبي ونعم المعين، وهو أرحم الراحمين، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.(١)(٢)

تم الكتاب بالخير، ولله الحمدُ والمنَّة(٣)

February 27, 2023 2:22 AM

(١) في آخر نسخة نور عثمانية - الأولى (ع١): وحسبنا الله ونعم الوكيل، نعم المولى ونعم النصير، والحمد لله رب العالمين، وكان الفراغ من كتابته يوم الأربعاء المبارك، ثامن عشر من الجمادي الثانِي من شهور سنة سبعة وخمسين وألف (١٠٥٧ هـ)، من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى السلام، على يد أفقر العباد وأحوجهم إلى رحمة مولاه المنان، الفقير رمضان البرهمنوشي الأزهري، غفر الله تعالى له ولوالديه، ولجميع المسلمين والمسلمات والمؤمنين والمؤمنات، برحمتك يا أرحم الراحمين، وكرمك يا أكرم الأكرمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

(٢) في آخر نسخة المكتبة السليمانية: وصلى الله على سيدنا محمد وآله وأزواجه الطيبين الطاهرين، ورضي الله عن أصحاب رسول الله أجمعين، وافق الفراغ من هذه النسخة المباركة الحادي والعشرين من شهر رمضان المبارك سنة ثلاثين وسبعمائة (٧٣٠ هـ)، غفر الله لمن استنسخها ولكاتبها ولمن طالع فيها ولجميع المسلمين.

(٣) في أواخر أكثر نسخ «النهاية» تجد هذا البيت:

وإن تجد عيباً فسدّ الخللا * فجلَّ من لا فيه عيبٌ وعلَا.

فهرس المحتويات

في المجلَّد الحادي عشر من «النِّهاية في شرح الهداية»

باب الرّهن يوضع على يدي العدل........ ٥

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ٢١

فصلٌ: ومن رهن عصيرًا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلًّا........ ٥٦

كتابُ الجنايات

كتاب الجنايات ٧٣

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه ٩٣

فصلٌ: ومن شهر على المسلمين سيفًا فعليهم أن يقتلوه ١١٩

باب القصاص فيما دون النفس ١٢٢

فصلٌ: وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ١٣١

فصلٌ: ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدًا قبل أن تبرأ يده ١٤٤

باب الشهادة في القتل ١٦٥

باب في اعتبار حالة القتل ١٧٤

كتابُ الديات

كتاب الديات.. ١٧٩

فصل فيما دون النفس ١٩٢

فصل في الشجاج ٢٠٥

فصلٌ: وفي أصابع اليد نصف الدية ٢١٢

* ترجمة الإمام الفقيه، ركن الأئمة، ومفتي الأمة، أبو المكارم، عبد الكريم بن محمد بن أحمد بن علي، الصباغي، المديني ٢٢٥

فصلٌ في الجنين ٢٣٥

باب ما يحدثه الرجل في الطريق.. ٢٤٨

فصل في الحائط المائل ٢٧٤

باب جناية البهيمة والجناية عليها ٢٨٧

باب جناية المملوك والجناية عليه ٣١٧

فصل في الجناية على العبيد.. ٣٥٣

فصل في جناية المدبر وأم الولد.. ٣٧١

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك ٣٧٦

باب القسامة ٣٨٩

كتابُ المعاقل

كتاب المعاقل.. ٤٢٦

كتابُ الوصايا

كتاب الوصايا ٤٥٠

باب في صفة الوصية وما يجوز من ذلك، وما يستحب منه، وما يكون رجوعاً عنه ٤٥٣

بابُ الوصية بثلث المال.. ٤٨٣
فصل في اعتبار حالة الوصية ٥١٦
باب العتق في مرض الموت.. ٥٢٠
فصلٌ: ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها............ ٥٣٢
باب الوصية للأقارب وغيرهم.. ٥٣٩
* ترجمة القاضي، أبو بكر، محمد بن أحمد بن علي بن شاهويه، الفارسي ٥٤٠
باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة ٥٦٢
باب وصية الذمي.. ٥٧٦
باب الوصي وما يملكه ٥٨٢
فصل في الشهادة.. ٦١٦

كتابُ الخنثى

كتاب الخنثى.. ٦٢٢
فصل في بيانه ٦٢٣
فصل في أحكامه.. ٦٢٨
مسائلُ شتى ٦٤٧
خاتمة الكتاب.. ٦٥٥
صورة إجازة السِّغناقي رحمه الله لابن العديم الحنفي بالنهاية ٦٦١
نصّ ما في الصورة ٦٦٢
فهرس المحتويات ٦٦٤

تمّ الفهرس

AN-NIHĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

BY

AL-ALLAMA HOUSAMUDDIN HOUSSEIN
BEN ALI BEN HAJJAJ AL-SIGHNAQI
(D. 714 H.)

EDITED BY

AL-HAFIZ AL-MAWLAWI MOHAMMED
AHMAD AL-HAKKANI AL-AFGHANI

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban